مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية



مستخرج من مجلة الحقوق
للبحوث القانونية والاقتصادية
السنة العشرون - العدد الثانى
الاصدار الثالث ١٩٩٠

بسم الله الرحمن الرحيم

مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بإنتظام واطراد وآثار الأحكام فى المسائل الدستورية

الدكتور
سامى جمال الدين
الأستاذ المساعد بقسم القانون العام
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

تقديـــم :

من المسلم به فى عالم اليوم أن العلاقات المنظمة باتت ضرورة أولية من ضرورات الحياة الإنسانية على مختلف أشكالها ومستوياتها ، حيث يتبلور مفهوم الحياة الإجتماعية من خلال تنظيم الروابط والعلا قات التى تنشأ فيها .

ووسيلة التنظيم لتلك العلاقات هى القانون الذى يخضع له - أو يتعين أن يخضع له - كل من يعيش فى هذا المجتمع الإنسانى ، إذ لم يعد من المقبول فى العصر الذى نعيشه أن يكون الخضوع لفرد أو مجموعة من الأشخاص أو بعض الأعراف والتقاليد ، ومن هنا ظهر مبدأ سيادة القانون أو المشروعية ليمثل الفكرة التى تتجمع حولها ووفقا لمقتضياتها الدولة الحديثة والتى توصف - حقيقة أو وهما - بأنها الدولة القانونية ، وذلك فى كافة دول العالم دون استثناء ومهما كان واقع أمرها .

وأول القواعد القانونية التى تقوم عليها الدول المختلفة هى قواعد الدستور ، فهى الأساس الشرعى لقيام الدولة بعناصرها المعروفة ، سيما عنصر السلطة فيها ، وبدون الإستناد إلى دستور ، تتأسس السلطة على القوة دون الحق . ولذلك يعتبر الدستور فى الدولة القانونية الحديثة ، الإطار القانونى لنظام الحكم فيها ، والأداة المنظمة لكافة صور النشاط القانونى بها ، والمرتكز الذى تستند إليه بقية القواعد والأعمال القانونية فيها ، وذلك لكونه - أى الدستور - المصدر الأول لمبدأ المشروعية فى الدولة ، حيث يسمو بقواعده وأحكامه ومبادئه على كافة من بالدولة من أفراد وسلطات عامة ، حكام أو محكومين .

ومرجع السمو الذى يتبوأه الدستور فى التنظيم القانونى للدولة ، يعود إلى موضوعه من ناحية ، إذ هو المؤسس للسلطات

العامة فى الدولة ، والمنظم لإختصاصها فى التعبير عن ارادة الدولة والتصرف بإسمها ، وفقا لما يسنه من ضوابط لتحديد علاقاتها بعضها البعض ، وهو أيضا المحدد للحقوق والحريات العامة للأفراد ، والتى يستلزم كفالتها لتمكين الأفراد من ممارستها بحرية ، فضلا عن بيان مقومات المجتمع وأسسه الإجتماعية والسياسية والإقتصادية والثقافية والفكرية ، وخاصة فكرة القانون ودورها فى المجتمع وضوابطها . كما يعود هذا السمو من ناحية أخرى إلى شكل الدستور من حيث اجراءات اصداره وتعديله ، والسلطة المختصة بذلك ، وهى السلطة العليا فى الدولة والتى لا تعلوها سلطة أخرى ، ولذلك يطلق عليها اصطلاح " السلطة التأسيسية " ، وهى تضم فى الدول القانونية مجموع الأفراد الذين يحق لهم التمتع بمباشرة الحقوق السياسية نيابة عن كافة أفراد الشعب فى الدولة ، ومن هنا يطلق عليهم كذلك اصطلاح " الشعب السياسى " واصطلاح " هيئة الناخبين " .

ومن غير شك أن عدم الإعتراف لقواعد الدستور ، بوصفها القواعد الأساسية التى تحكم الدولة ، بالمكانة العليا فيها ، أو اجازة مخالفتها بواسطة الحكام أو بواسطة الحكومين ، يؤدى إلى انهيار نظام الدولة من أساسه (١) ، وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا أن " نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فى الدولة ، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزمها ومراعاتها بإعتبارها أسمى القواعد الأمرة ، واهدار ما يخالفها من تشريعات . وهذه القواعد والأصول هى التى يرد إليها الأمر فى تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى استثناء من الأصل العام الذى يقضى بإنحصار نشاطها فى المجال الذى يتفق مع طبيعة وظيفتها .

(١) الأستاذ الدكتور ثروت بدوى : موجز القانون الدستورى - ١٩٧٣ - ص ٦٤ .

وإذ كانت هذه الأعمال الإستثنائية قد أوردها الدستور على سبيل الحصر والتحديد فلا يجوز لأى من تلك السلطات أن تتعداها إلى غيرها أو تجور على الضوابط والقيود المحددة لها ، فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع - متى انصبت على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التى عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها ، بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها " (٢) .

وعليه انعقد الإجماع على أنه إذا كان للدولة دستور مكتوب ، وجب عليها التزامه فى تشريعها وفى قضائها وفيما تمارسه من سلطات ادارية ، وتعين اعتبار الدستور فيما يشتمل عليه من نصوص ، وفيما ينطوى عليه من مبادئ هو القانون الأعلى الذى يسمو على جميع القوانين ، والدولة فى ذلك تلتزم أصلا من أصول الحكم الديمقراطى هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور (٣) .

وإذ أضحى من المسلم به أن السلطة الواسعة صارت ضرورة لا محيص عنها فى الدولة الحديثة حتي يتسنى لها أن توفى بما عليها من أعباء وواجبات فى أداء الخدمات الضرورية لأفراد المجتمع وتحقيق الرفاهية لهم ، فقد بات من الضرورى أيضا تزويد هؤلاء الأفراد بالوسائل الفعالة لمواجهة احتمال خروج السلطات العامة عن أهدافها المخصصة وانحرافها بها إلى غير المجالات المحددة لها ، حيث أن

(٢) حكمها فى ١٩٨٥/٥/٤ الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢ ق ، المجموعة - الجزء الثالث ص ١٩٥ .

(٣) محكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٢/٦/٢١ قضية ١٠٩٠ لسنة ٦ ق ، المجموعة السنة ٦ رقم ٥٨٧ ص ١٣٦٦ .

ومن الجدير بالاشارة أنه أمكن حصر الدول التى ليس بها دستور مكتوب وعددها ست دول هى انجلترا ونيوزيلاندة واسرائيل وهى دول لها دستور عرفى مرن ، وليبيا وعمان والمملكة العربية السعودية وهى دول أعلنت أن " القرآن الكريم هو دستورها " .

A.E.HOWARO, The Constitution : Making it Work, Wilson Quarterly, Spring 1982, P. 126.

السلطة التى تتسع تحمل فى طياتها أسباب الإغراء على الإنحراف بها ، مما يهدد حقوق الأفراد وحرياتهم ، وبذلك فإن من شأن الرقابة على ممارسة هذه السلطة أن تكون أداة لتصحيح الإنحراف بها أو اساءة استعمالها .

وتتمثل الوسائل التى تكفل رد اعتداء السلطات العامة على حقوق الأفراد وحرياتهم فى بعض الضمانات السياسية والقضائية التى يحرص المشرع الدستورى على تقريرها فى سبيل اعلاء الدستور وحماية قواعده ومبادئه ضد أى تجاوز من جانب السلطات العامة ، وخاصة السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وحتى لا يغدو " سمو " الدستور شعار بلا مضمون ، وبحيث تلتزم جميع السلطات العامة بإحترام قواعد الدستور وذلك بأن تمارس اختصاصاتها فى الحدود المرسومة لها وعلى الوجه المبين فيه ، دون خروج عليه .

ويتفق الفقه على أن الضمانة الأولى الفعالة التى يتعين على المشرع الدستورى فى الدول المختلفة أن يسجلها ويقررها فى وثيقة الدستور ، هى تنظيم الرقابة القضائية على دستورية الأعمال القانونية التى تصدر عن السلطات العامة ، وفى مقدمتها القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، والقرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية (٤) .

فمن المتفق عليه أن المحافظة على " سمو الدستور " يستلزم قضاء قوى مستقل ، يملك السلطة والإختصاص فى حل كافة

(٤) ومن الجدير بالاشارة أن فكرة الرقابة على دستورية القوانين ، تجد جذورا لها فى الشريعة الإسلامية ، حيث من المتفق عليه أن القضاء وكذلك المجتهدين أو بالأحرى المشرعين ، يتقيدون بالنصوص القطعية الواردة فى القرآن والسنه بإعتبارها القواعد القانونية الأساسية العليا فى الشريعة . راجع فى ذلك :
الدكتور محمد سلام مدكور : القضاء فى الاسلام - ١٩٦٤ - ص ٦٢ .
المستشار عمر شريف : القضاء فى الاسلام - ١٩٨٥ - ص ٢١ .

المنازعات الدستورية فى الدولة ، أيا كان أطرافها ، وبدون ذلك فليس من معنى لكفالة الحقوق والحريات العامة دستوريا (٥) .

وعلى ذلك تتأسس الرقابة القضائية على دستورية الأعمال القانونية عموما على مبدأ سمو الدستور وما يقتضيه من جمود لقواعده كأصل عام ، وفى هذا الصدد لنا ملاحظة ، وهى أن الفقه الدستورى السائد يشترط فى الدستور أن يكون جامدا حتى يمكن أن تنشأ الرقابة على الدستورية وخاصة أمام القانون الذى يصدر عن السلطة التشريعية ، وفى تحديد معنى الدستور الجامد فهناك شبه اجماع على أنه يعنى أن اجراءات تعديل هذا الدستور هى اجراءات خاصة أشد من تلك التى تتطلبها القوانين العادية ، فإن لم توجد هذه الإجراءات كان الدستور مرنا ، وجاز للقانون مخالفته دون أن يعد ذلك خروجا على مبدأ المشروعية (٦) .

وفى تقديرنا أن جمود الدستور لا يتحقق بالنص على الإجراءات الخاصة المشار إليها فحسب ، وإنما قد يتحقق ولو لم ينص الدستور على تلك الإجراءات وذلك إذا ما قرر الدستور أو نظم أسلوب الرقابة

---

(٥) راجع فى ذلك :

LUTHER M. SWYGERT, defense of Judicial activism, Valparaiso University Law Review, V. 16, Spring 1982, No 3, P. 447.

ABRAMO-HENRY, The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process, 5 ed., Boston, 1980.

CLAUDE LECLEROQ, institution Politiques et droit Constitutionel, 2 eme éd., P. 91.

الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد : سيادة الدستور وضمان تطبيقه - ١٩٨٩ .

(٦) الأستاذ الدكتور ثروت بدوى : المرجع السابق - ص ٦٦ .

الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : الوجيز فى القانون الدستورى - ١٩٨٣ - ص ١٦٤ .

الأستاذ الدكتور ابراهيم شيحا : القانون الدستورى - ١٩٨٣ - ص ٢٠٦.

الأستاذ الدكتور يحيى الجمل : النظام الدستورى فى جمهورية مصر العربية - ١٩٧٤ - ص ٧٦ .

على دستورية القوانين التى يسنها البرلمان ، بمعنى أن سمو الدستور أما أن يترتب نتيجة تقرير بعض الإجراءات الخاصة لإصدار وتعديل والغاء النصوص الدستورية ، أو بالنص صراحة على سمو الدستور ، أو على وجود رقابة على الدستورية أو تنظيمها .

بل أننا نذهب إلى أبعد من ذلك فنرى الدستور جامدا ما لم يرد نص صريح ضمن مواده بأنه دستور مرن ، أو بتحديد اجراءات تعديله بأنها ذات الإجراءات المتبعة فى سن أو تعديل القوانين التى يصدرها البرلمان ، إذ الأصل فى تقديرنا هو جمود الدستور ما دام قد صدر عن السلطة التأسيسية ، والنص على اجراءات خاصة لتعديل الدستور لا يهدف فقط إلى تقرير جمود الدستور بتشديد هذه الإجراءات عن مثيلتها المقررة لتعديل القوانين ، وإنما أيضا للتخفيف من اجراءات التعديل قياسا على اجراءات سنه أو اقراره ، حيث أن السكوت عن تقرير اجراءات التعديل يؤدى بالضرورة إلى الإلتزام بذات اجراءات الإقرار عند التعديل أو الإلغاء وفقا لقاعدة توازى الأشكال والإجراءات بمعنى أن الأصل فى الدساتير هو الجمود حيث لا يجوز تعديلها إلا بنفس اجراءات اقرارها فى حالة غياب النص .

وليس من جدال أنه بمقتضى هذا المفهوم لجمود الدستور وسموه ، فإن حماية الدستورية تكون أكثر فعالية ، وبالتالى تتحقق ضمانات الحقوق والحريات العامة للأفراد على نحو أكمل ، دون أن يؤثر على ذلك الإدعاء بأن القانون هو تعبير عن الإرادة العامة للشعب ، إذ يظل الدستور هو اطار هذه الإرادة العامة الذى لا يجوز الخروج عنه ، وإلا كان ذلك خروجا على الإرادة العامة ذاتها ، وبالتالى يحق القول بأنه ليس سوى تعبير عن ارادة نواب الشعب فى البرلمان (٧) .

(٧) PROUZET, Le Contrôle de Constitutionnalité, thèse Paris, 1970, p. 90.

وخلافا لهذا الرأى الذى يثور حوله الجدل فى فرنسا راجع :

M. MIGNON, Le Contrôle Juridictionnel de la Constitutionnalité des lois, D. 1952. chr., p. 45.

وتتنــوع طرق وأساليب تنظيــم الرقابــة على الدستوريــة إلى عدة أنواع ، يختــار منها المشرع الدســتورى ما يتــلاءم مع ظروف الدولة السياســية والقانونيــة ، ومن ثم يختلف مدى هذه الرقابــة وآثارها تبعــا للنظــام الذى يؤثــره المشرع الدســتورى فى هذا الصــدد (٨) .

فقـد يعهد الدســتور إلى هيئة سياســية بمهمة الرقابــة على دستوريــة القوانيــن - على وجه الخصوص - والغالــب أن يكون ذلك قبــل صدور القانــون ، من خلال منــع صدورها ومن ثم سريانهــا ونفاذهــا إذا كانت مخالفــة لقواعد الدســتــور ، وهو الأسلــوب المتبــع فى فرنســا بواسطــة المجلس الدســتــورى الذى نص دســتــور ١٩٥٨ الحالــى على انشائــه (٩) .

والواقــع أن هذه الرقابــة لا تصلــح إلا فــى الدول التــى يتوفــر لشعوبهــا قدر كبيــر من النضــج السياســى ، إذ ليس من جدال فى أن للتقــدم الحضــارى فــى الدول المتقدمــة دوره البالــغ فــى مزاولة المؤسســات الدستوريــة فيهــا لمهامها واختصاصاتهــا على نحو كامل ، دون تأثــر أو اعتــداد بالإعتبــارات السياســيــة ، حيث لا تخشــى هذه

---

(٨) راجع فــى هذه الطرق والأساليــب :
الأستــاذ الدكتــور محسن خليل : القانــون الدســتــورى والنظــم السياســيــة - ١٩٨٧ - ص ١٢٣ .
الأســتــاذة الدكتــورة سعــاد الشرقــاوى . والدكتــور عبــد اللــه ناصف : أسس القانــون الدســتــورى - ١٩٨٦ - ص ١٤٩ .
J. CADART, Institutions Politiques et Droit Constitutionnél, t.I, 2 eme ed., Paris, 1979, P. 158.
M. PRELOT, Institutions Politiques et Droit Constitutionnél., 10 eme éd., D. 1987, P. 233.

(٩) راجع فــى هذه الرقابــة :
M. DUVERGER, Institutions Politiques et Droit Constitutionnél, t. 2, 12 eme éd, Paris, 1971, P. 316.

المؤسسات شيئا سوى رقابة الرأى العام عليها ، ففى مثل هذه الدول التى سارت فى طريق الحضارة شوطا بعيدا " رسخت فيها المؤسسات الدستورية ، وعرفت كل سلطة حقوقها وواجباتها والحدود التى يتعين أن تلتزم بها ولا تخرج عليها " (١٠) ، يمكن تنظيم رقابة سياسية فعالة ومؤثرة دون خشية الإنزلاق فى مغبة التحزب والإنحراف السياسى .

وازاء مخاطر الرقابة السياسية على الدستورية ، تفضل الغالبية العظمى من الدول ، حتى المتقدمة منها ، تنظيم رقابة قضائية لحماية الدستور وتأكيد احترامه وصونه من الخروج على أحكامه ، وإن كانت فى ذلك الصدد تختلف من حيث تحديد الجهة المختصة بمباشرة هذه الرقابة القضائية ، ومداها وآثارها وأسلوب تحريكها (١١) .

فقد تتولى الرقابة القضائية على الدستورية ، وهى فى الأغلب الأعم رقابة لاحقة على صدور الأعمال القانونية ، جميع المحاكم فى الدولة ، بحيث يكون لكل محكمة أن تراقب دستورية العمل المطروح عليها أو المراد تطبيقه فى المنازعة أمامها ، فإذا ما رأت عدم

(١٠) الدكتور فاروق عبد البر :دور مجلس الدولة المصرى فى حماية الحقوق والحريات العامة - الجزء الأول - ١٩٨٨ - ص ٨ و٩ .

(١١) راجع فى هذا الموضوع عموما :

الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : المرجع السابق - ص ١٦٦ .

الأستاذ الدكتور مصطفى عفيفى : رقابة الدستورية فى مصر والدول الأجنبية - ١٩٩٠ - ص ٣١ وما بعدها .

الدكتور محمد عبد اللطيف : اجراءات القضاء الدستورى - ١٩٨٩ - ص ٣ وما بعدها .

وفى الفقه الأمريكى

ELY-JHON HART, Democracy and Distrust : A Theory of Judicial Review, Cambridge, 1980.

GLICK-HENRY ROBERT, Supreme Courts in State Politics : An Investigation of the Judicial Role, New York, 1971.

دستوريتـــه طرحتـه جانبـا وامتنعـت عن الإعتـداد بـه ، وإن جاز الطعن فـى حكمها إلى أن يصل الأمـر إلى المحكمة العليـا التـى تلعب دورها الهـام فـى هذا الشأن بصـدد الطعون الدستوريـة ، وهذا هو الحال فـى الولايـات المتحدة الأمريكيـة حيث يحق لجميع المحاكم - سيما الفيدراليـة منها - ممارسة هذه الرقابـة تحت اشراف وهيمنة المحكمة العليـا فيهـا والتـى يكون لها الكلمـة الأخيـرة فـى هذه المسألـة (١٢) .

وقد تـرى دولـة ما أن من الأفضـل توحيـد كلمـة القضـاء فـى صـدد الرقابـة على الدستوريـة ، وخاصـة إذا تعلقـت بدستوريـة القوانيـن ، فتعهـد إلى محكمة محددة بهـذه المهمة بصـورة مركزيـة ، وهى اما أن تكون المحكمة العليـا فـى التنظيـم القضائـى للدولـة ، واما أن تكون محكمة متخصصـة تنشـأ خصيصـا لهذا الغرض ، مثلمـا تحقق فـى مصر منذ عام ١٩٦٩ بإنشـاء المحكمة العليـا فيهـا ، ثم بإنشـاء المحكمة الدستوريـة العليـا الحاليـة عام ١٩٧٩ نزولا علـى مقتضـى دستـور ١٩٧١ الحالـى الذى نص على قيامهـا فـى المـادة ١٧٤ منـه ، وذلك بعد أن كانت تأخذ قبـل ذلك بأسلـوب رقابـة جميع المحاكم لدستوريـة القوانيـن .

وفـى ذلك تقول المحكمة العليـا " أنه يبيـن من استقصـاء تاريـخ رقابـة دستوريـة القوانيـن فـى مصر أنه رغم خلو الدستـور والقوانيـن من أى نص يخول المحاكم سلطة رقابـة دستوريـة القوانيـن فإنهـا - أى المحاكم - قد أقرت حق القضـاء فـى التصـدى لبحث دستوريـة القوانيـن

(١٢) راجع فـى ذلك :
الأستـاذ الدكتـور أحمد كمال أبـو المجد : الرقابـة على دستوريـة القوانيـن فـى الولايـات المتحدة الأمريكيـة والأقليـم المصـرى - ١٩٦٠ - ص ١٨٣ .
KAGAN-ROBERT A., The Evalution of State Supereme Courts, Michigan Law Review, 76 (1978), PP. 961-1005.
PORTER-MARY CORNELIA and G. ALAN TARR, State Supereme Courts, Policy makers in the Federal Systeme, Westport, Conn., 1982.

إذا ما دفع أمامها بعدم دستورية قانون أو أى تشريع فرعى أدنى مرتبة ، يطلب أحد الخصوم تطبيقه فى الدعوى المطروحة عليها ، واستندت فى تقرير اختصاصها هذا إلى أنه يعتبر من صميم وظيفتها القضائية القائمة على تطبيق القانون فيما يعرض عليها من منازعات ، فإذا تعارض القانون المطلوب تطبيقه فى الدعوى مع الدستور ، وجب عليها أن تطبق حكمه وتغفل حكم القانون ، وذلك اعمالا لمبدأ سيادة الدستور وسموه على التشريعات الأخرى ، وقصرت ولايتها فى هذا الصدد على الإمتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، ولم يكن قضاؤها فى موضوع دستورية القوانين ملزما لها ولا لغيرها من المحاكم ، فكان لها أن تنقض فى الغد ما تبرمه اليوم ، وكان القانون يعتبر فى آن واحد دستوريا تطبقه بعض المحاكم وغير دستورى تمتنع عن تطبيقه محاكم أخرى . ونظرا لما يترتب على اختلاف وجهات النظر بين المحاكم فى هذا الموضوع الخطير من اضطراب وعدم استقرار فى المعاملات والحقوق والمراكز القانونية ، فقد أنشأ المشرع المحكمة العليا ... وخولها دون سواها ولاية الفصل فى دستورية القوانين ... وقضى بأن تكون (أحكامها) ملزمة لجميع جهات القضاء ... حتى لا يترك البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها ، حسبما جرى عليه العرف القضائى ، وحتى لا تتباين وجوه الرأى فيها " (١٣) .

وفى الغالب كما هو واضح من سياق هذا الحكم أن رقابة المحاكم جميعا لدستورية القوانين ، تكون مجرد رقابة امتناع ، تأسيسا على أن من طبيعة عمل القاضى بصدد تطبيق القوانين ازالة التعارض بينها ، بإعطاء الأولوية فى التطبيق للقواعد الأعلى مرتبة من حيث قوتها الإلزامية ، والإمتناع عن تطبيق القواعد الأدنى المخالفة لها ، ومن ثم تكون الأولوية فى التطبيق لقواعد الدستور ، ويحق للقاضى

(١٣) حكمها فى ١٩٧١/٧/٣ دعوى رقم ٤ لسنة ١ ق - المجموعة - الجزء الأول ص ١٥ .

الإمتنـاع عن تطبيـق القواعد التشريعيـة الأخـرى المخالفـة لها . أما فـى حالة الرقابـة المركزيـة أو المتخصصـة والتـى يلـزم لقيامهـا أن ينص عليهـا المشرع ويعمل على تنظيمهـا قانونـا ، فإن الأثـر المترتب على عدم دستوريـة العمل التشريعـى أو القانونـى عمومـا ، يختلف من دولـة لأخـرى أو بالأحـرى من نظام لآخـر ، إذ قد ينص المشرع على حق المحكمة المختصـة فـى الغاء العمل ، أو اعلان عدم دستوريتـه فحسب ، وقد يرتب المشرع على حكم المحكمة زوال القانـون بأثـر رجعي وفقـا للقواعـد العامـة ، وقد يكتفـى بأن يكون لـه أثر مباشـر بالنسبـة للمستقبـل فحسب ، وفـى كل الأحـوال وبغض النظـر عن آثار الحكم بعـدم الدستوريـة ، فإن الحكـم الصـادر وفقـا لأسلـوب مركزيـة الرقابـة على دستوريـة الأعمـال القانونيـة ، يكون - فى تقديرنـا - بمثابـة الجزاء على مخالفـة الدستـور ومقتضيـات سموه وجموده ، واهدار مبدأ المشروعيـة عمومـا ، مثلمـا هو الحال بصـدد رقابـة القضـاء الإدارى على مشروعيـة أعمـال الإ دارة .

ومن ناحيـة أخرى تختلـف نظم الرقابـة على الدستوريـة من حيث طرق تحريكهـا ، وخاصـة بشأن تحديد أصحاب الصفـة فـى الطعن بعـدم الدستوريـة ، وهل يقتصـر الأمـر على بعض السلطات العامة أم يمتـد ليشمـل الأفـراد ذوى المصلحـة ، وأسلوب تحريك المنازعـة أمام القضـاء الدستـورى ، وما إذا كان الأسلـوب المباشـر أى بطريـق الدعوى الأصليـة أم فقـط بطريـق غير مباشـر من خلال الدفـع الفرعـى مثلا .

كما تختلـف هذه النظـم من حيث مداهـا ، فـإذا كان الغالـب أن تقتصـر الرقابـة على دستوريـة القوانيـن واللوائـح ، فقـد تمتـد فـى نظم أخرى إلى أعمال قانونيـة أخرى مثـل الأحكـام القضائيـة ، بل وينبغـى - فـى تقديرنـا - أن تمتـد إلى كافـة الأعمـال القانونيـة بلا استثنـاء ، بحيث تمتـد إلى أعمال جميع السلطات العامة على وجه الخصوص ، فلئـن كان من الجلـى أن تصرفـات الأفـراد تخضـع للرقابـة

على دستوريتهـا من خلال رقابة جميع المحاكم المختصة بنظر المنازعات بشأنهـا ، لضمان عدم خروجها على النظام العام الذى يشمل دون خلاف كافة قواعد الدستـور (١٤) ، إلا أن الكثيـر من أعمال السلطات العامة يفلت من هذه الرقابـة ، مثل الأعمال البرلمانيـة غير التشريعـات للسلطة التشريعيـة ، وأعمال الحكومة الصادرة عن السلطة التنفيذيـة بوصفهـا سلطة حكم ، وهى التـى يطلق عليها فـى مصر اصطلاح " أعمال السيـادة " ، مما يعد ثغرة خطيرة لا سنـد أو مبـرر لها يمكن من خلالها اهدار مبادئ وقواعد الدستـور ، علاوة على الإخلال الجسيـم بمـؤدى مبدأ المشروعيـة وسيـادة القانـون ، إذ أن مظنة الخروج على أحكام الدستـور من خلال هذه الأعمـال ، هى مظنة قوية مثلمـا هو الأمـر بشأن القوانيـن واللوائـح ، بل لعلهـا قائمـة بصـدد أعمال السيـادة بدرجة أكبـر وأشد خطورة من غيرها من الأعمال القانونيـة الأخـرى للسلطات العامة .

وتقتصـر رقابـة الدستوريـة فـى مصر على القوانيـن واللوائـح ، وذلك من خلال المحكمة الدستوريـة العليـا ، ومع ذلك فقـد أصدرت هذه المحكمة فـى ١٩ مايو ١٩٩٠ حكما بعـدم دستوريـة المادة الخامسة مكررا من قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنـة ١٩٧٢ المعدل بالقانـون رقم ١٨٨ لسنـة ١٩٨٦ ، وقد أثار هذا الحكم قدر كبيـر من الجدل والنقاش الدستـورى والقانونـى بل والسياسـى ، وذلك نتيجـة ما ورد فـى الحكم - ضمن حيثياتـه - من بطلان تكوين مجلس الشعب المنتخب فـى أبريل عام ١٩٨٧ ، مع استمـرار ما أقره المجلس من قوانيـن وقرارات وما اتخذه من اجراءات خلال الفتـرة السابقـة وحتى تاريـخ نشر هذا الحكم فـى الجريـدة الرسميـة ، قائمـة على أصلها من الصحـة ، ومن ثم تبقـى صحيحة ونافـذة ، ما لم يتقـرر الغاؤها أو تعديلهـا من الجهة المختصـة دستوريـا ، أو يقضـى بعـدم دستوريـة

(١٤) الدكتـور مصطفـى محمد الجمال : النظريـة العامة للقانـون - ١٩٨٣ - ص ٥٨ .

نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا ان كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بنى عليه هذا الحكم .

فقد ثار نقاش طويل حول الآثار المترتبة على هذا الحكم ، ومصير مجلس الشعب ، وأساس الحكم ببطلانه مع نفاذ وسريان ما صدر عنه من قرارات أو قوانين ، وكيفية تنفيذ هذا الحكم ، ومدى سلطة المحكمة الدستورية العليا حول كل هذه الأمور .

ولما كنا من المؤيدين لهذا الحكم لإتفاقنا مع كل ما ورد به ، من منطلق ايماننا بحق المحكمة الدستورية العليا ودورها فى الكشف عن المبادئ القانونية العامة المتصلة بالدستور ، ووفقا للمفهوم الصحيح - فى تقديرنا - لآثار الأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية وخاصة من المحكمة الدستورية العليا ، فإننا نرى أن نعرض لهذه المشكلة بالدراسة فى فصلين على النحو التالى :

أولا - مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بإنتظام واطراد ، وهو أحد المبادئ القانونية العامة ، والذى يعد فى رأينا الأساس الشرعى لحكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه ، وخاصة فيما يتعلق بقوانين وقرارات مجلس الشعب الباطل .

ثانيا - آثار الأحكام فى المسائل الدستورية ، وسواء ما صدر منها عن المحكمة الدستورية العليا ، أو عن غيرها من المحاكم القضائية الأخرى ، ومن ثم مدى حجية حكم هذه المحكمة محل البحث وقوته الملزمة .

الفصل الأول
مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بإنتظام واطراد

تتنوع اختصاصات القضاء الدستورى فى الدول المختلفة بصورة واضحة ، حيث تتفاوت من نظام لآخر ضيقا واتساعا بحسب النظام السياسى والدستورى القائم فى الدولة ، فعلاوة على قضاء الدستورية وهو الإختصاص الرئيسى والطبيعى لجهات القضاء الدستورى ، قد يعهد المشرع لها أيضا بإختصاصات تتصل بالإنتخابات السياسية أو التشريعية ، وتوزيع الإختصاصات بين سلطات الدولة أو بينها وبين السلطات المحلية أو الإقليمية فى الدول الإتحادية أو الدول الموحدة ذات النظام اللامركزى ، علاوة على قضاء التفسير وربما العقاب كذلك ، اضافة إلى بعض الإختصاصات التى تهدف إلى ضمان حسن سير السلطات العامة وحماية الحقوق الأساسية للأفراد ، وحل التنازع حول الإختصاص بين الجهات القضائية وازالة تعارض الأحكام (١) .

وإذا كانت بعض الإختصاصات المشار إليها تهدف أساسا إلى ضمان سير السلطات العامة بإنتظام واطراد ، مثل تلك المتصلة بتوزيع الإختصاصات بينها وحل احتمالات التنازع حول هذه الإختصاصات ، فإن الإختصاصات الأخرى مثل حماية الدستورية والتفسير تقوم فى النهاية على ضمان السير المنتظم للسلطات العامة فى ممارسة كافة اختصاصاتها المبينة فى الدستور دون صراع أو تنازع بينها ، وفى ذلك تؤكد المحكمة الدستورية العليا أن "الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، المنوطة

(١) راجع فى تفاصيل هذه الإختصاصات الدكتور محمد عبد اللطيف: المرجع السابق - ص ٨٣ وما بعدها .

بالمحكمة الدستورية العليا ، تستهدف أصلا صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه " (٢) .

وفى تقديرنا أن مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بإنتظام واطراد هو من المبادئ العامة للقانون - والتى يطلق عليها أيضا اصطلاح المبادئ القانونية العامة - الملزمة بإعتبارها من المصادر المستقلة للقانون ، سواء للمشرع أم للقضاء ، علاوة على السلطة التنفيذية بطبيعة الحال . والواقع أنه استنادا إلى هذا المبدأ العام يمكن تفسير الكثير من التساؤلات حول الأسس التى تقوم عليها بعض أحكام القضاء الدستورى ، سواء فى مصر أم فى دول أخرى مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية .

ومع ذلك فإن الإتفاق على ما تقدم ليس بالأمر اليسير ، إذ يختلف الرأى دوما حول هذه الأسس ومقتضياتها ، ومن ثم يتعين علينا أن نعرض بقدر من التفصيل لدور القضاء الدستورى بصدد المبادئ العامة للقانون . وإذ نرى فى مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بإنتظام واطراد الأساس القانونى الصحيح لتبرير العديد من المراكز الفعلية التى تتحقق فى مجال القانون الدستورى ، فإننا نعقب العرض المشار إليه بدراسة لنظرية المراكز الفعلية وتطبيقاتها الدستورية ، وذلك قبل شرح المبدأ سالف الذكر كأساس دستورى لهذه التطبيقات ، وبالتالى للحكم بسريان القوانين والقرارات الصادرة عن المجلس رغم الحكم ببطلان قيامه .

(٢) حكمها فى ١٩٨٥/٥/٤ الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق ، المجموعة الجزء الثالث ص ٢٠٩ .

المبحث الأول
دور القضاء الدستورى بصدد
المبادئ العامة للقانون

وظيفة القاضى أن يحكم بالعدل وذلك من خلال تطبيق القانون ، فالقاضى عليه بحكم وظيفته أن يتحقق أولا من وجود القاعدة القانونية أيا كان مصدرها ثم يطبقها بعد ذلك ، ومن ثم فليس للقاضى أن يخلق القانون وإنما عليه فقط أن يحاول العلم به ، مما يعنى التسليم بوجود القاعدة القانونية والإعتراف بقوتها الإلزامية ، بحيث يلتزم القاضى بتطبيقها على المنازعات المطروحة عليه بإعتبارها الحل العادل للنزاع .

وتتنوع القواعد القانونية بحسب مصدرها إلى التشريع بأقسامه الثلاث وهى الدستور والقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية ، علاوة على العرف والمبادئ العامة للقانون . وهذا النوع الأخير هو أكثر مصادر القانون اثارة للجدل والخلاف الفقهى والقضائى (٣) ، ومن ثم يلزم علينا أن نعرض - بالقدر اللازم لموضوع هذه الدراسة فقط - لمضمون المبادئ العامة للقانون كنظرية عامة ، قبل أن نحدد موقف القضاء الدستورى - على وجه الخصوص - فى فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية ومصر بصدد هذه المبادئ .

(٣) راجع فى هذا الشأن مؤلفنا : تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية - ص ٩١ وما بعدها .
والأستاذ الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب :المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية فى القانون الإدارى - ١٩٨٣/٨٢ .
والأستاذ الدكتور محمد كامل ليله : مبادئ القانون الإدارى - الجزء الأول - مقدمة القانون الإدارى - ١٩٦٩/٦٨ ص ٤٨٩ وما بعدها .

المطلب الأول
مضمون نظرية المبادئ العامة للقانون

القانون بمعناه الواسع هو تعبير عن ارادة الدولة ، وأيا كانت مصادر القانون المختلفة ، فإنها لا تعدو أن تكون طرفا للتعبير عن هذه الإرادة ، وهى فى جوهرها ارادة الشعب الذى يمثل مجتمع هذه الدولة ، وإذا كان التشريع هو الطريق الذى تتكون منه الأغلبية الساحقة من القواعد القانونية الموجودة فى الدول الحديثة نظرا لمزاياه الواضحة بعد انتشار التدوين والكتابة ، فإن هذا الطريق لم يقض حتى اليوم على ما سبقه من طرق مثل العرف والقضاء ، حيث تتمثل مصادر القانون المستقلة فى العرف والتشريع والقضاء فى كافة الدول تقريبا .

والأصل أن القضاء ، فى غير الدول التى تأخذ بنظام السوابق القضائية ، يختص بتفسير القانون وتطبيقه على المنازعات التى تعرض أمامه ، دون أن يتجاوز ذلك إلى انشاء القواعد القانونية بنفسه ، وهى المهمة التى توكل وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات إلى السلطة التشريعية .

بيد أنه نظرا لأن القواعد التشريعية يشوبها النقص حتما بإعتبارها عملا انسانيا لا يمكن أن يتصف بالكمال ، فإنه من المتصور أن تطرح منازعات لا يكون لها حكم فى التشريع أو فى مصادر القانون الوضعى الأخرى ، ومع ذلك فإنه يتعين على القاضى أن يفصل فى النزاع ولا يتهرب من الحكم فيه بحجة عدم وجود نص يمكن تطبيقه ، وإلا فإنه يرتكب بذلك جريمة انكار العدالة ، اضافة إلى خروجه على مقتضى وظيفته وهى أن يحكم بالعدل ، فهى وظيفة يلزم أن يباشرها القاضى دوما حتى ولو لم يجد نصا فى القانون يمكن تطبيقه .

والقاضـى عندما يحكم بالعـدل فـى نزاع لا يوجد بشأنـه حكم فـى قواعد القانـون ، فهـو يستوحـى فـى الواقـع نفس المرجع الذى يستهـدى بـه المشرع فـى وضـع القوانيـن ، ومن ثـم فهـو يقـرر الحكم الذى يتعيـن على المشرع أن يتبنـاه لو تولـى تنظيـم موضوع النـزاع ، مما يعنـى أن القاضـى يقـوم بعمل أقرب إلى عمل المشرع ، وأنهما فـى كل الأحـوال يستلهمـان ذات المصدر ليستمـد منـه المشرع قواعده التشريعيـة ، وليستخلـص منـه القاضـى المبـادئ العامـة فيكشف عنها ويعلـن عن وجودها فـى الحيـاة الإجتماعيـة ، اقرارا منهما بذاتيـة القوانيـن ، بمعنـى أنها دفينـة فـى داخل الجماعة وليست مفروضـة عليهـا ، وأن دور المشرع ، ومن وراءه القاضـى ، أن يعكس ما هو كامن فـى ضميـر المجتمـع من مبـادئ عامة خالـدة ضروريـة ومستقـرة فـى نفوس وعقـول الجماعة .

أما إذا قـام القاضـى بإنشـاء حل قضائـى لنـزاع معين ، دون رجوع إلى ما يتخـذه المشرع دليلا لـه عند سن القواعد التشريعيـة ، وذلك وفقـا لظروف النـزاع وبحسب ما يعتقـده القاضـى ، فإن ما يصـدر من حكم فـى هذا النـزاع يكون بمثابـة حكم فـردى لا تكون لـه حجية إلا بصـدد هذا النـزاع وحده ، وبالتالـى لا يجوز اعتبـاره من المبـادئ العامـة للقانـون وإنما يعد فقـط من الحلول القضائيـة الخاصـة (٤) .

فالمبـادئ العامـة للقانـون إنما تبلـور الأفكـار والأسـس والقواعد التـى تمثـل مقومات المجتمـع الفكريـة والفلسفيـة فـى شتـى المجالات السياسيـة والإجتماعيـة والثقافيـة والدينيـة والإقتصاديـة ، فهـى تعبـر إذن عن التصـور العـام للحيـاة فـى مجتمـع معين ، ولذلك فهـى تختلـف

(٤) FOURNIER, Conclusions sous C.E 26 Juin 1959, R.D.P. 1959. 1005
MESCHERIAKOFF, La notion de Principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, A.J.D.A. 1976, P. 601.

من مجتمع لآخر ، ولكنها تؤدى فى كل مجتمع إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات والروابط داخل هذا المجتمع ، بحيث يتعين على القضاء بمختلف جهاته ، مع قدر من الإختلاف فى المدى بين القضاء الإدارى والدستورى من ناحية والقضاء العادى من ناحية أخرى ، أن يعمل على الكشف عن هذه المبادئ العامة واستخلاصها بإعتبارها قواعد قانونية ملزمة مثل غيرها من مصادر القانون المختلفة ، ومن ثم صياغتها وتطبيقها على المنازعات التى تطرح أمامه ، إذا كان لذلك مقتضى .

وللكشف عن وجود هذه المبادئ العامة للقانون ، يعمد القاضى أولا إلى نصوص التشريعات القائمة ليستخلص منها ما يمكن اعتباره من تطبيقات المبدأ العام التى تكشف عن وجوده وتؤيده ، وبالتالى يعمل القاضى على تعميم المبدأ خارج اطار هذه التطبيقات ونطاقها الضيق ليطبق على حالات جديدة غير محدودة ، بإعتباره قاعدة قانونية مستقلة يصل مداها إلى كل حالة لا تسرى عليها التطبيقات التشريعية (٥) .

فإذا لم تسعف النصوص الصريحة فى الكشف عن المبدأ العام ، فإن للقاضى أن يلجأ إلى استخلاص المبدأ من روح هذه النصوص وجوهرها ، مما يستلزم منه بذل مزيد من الجهد والفكر والبحث فى حكمة النصوص وعلتها لإستنباط المبدأ العام ، وليس من المحتم على القاضى أن يحدد عمله فى اطار مجموعة معينة من النصوص ، إذ له كذلك أن يبحث عن جوهر النظام القانونى بأكمله مستعينا فى ذلك بأسس نظام الحكم فى الدولة ووثائقها القانونية والسياسية

---

(٥) VEDEL, Droit Administratif, 1980, P. 375.
JEANNEAU, Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative , thèse Paris, 1954, P. 123 ...
RIVERO, Le juge administratif français : un Juge qui gouverne?, D. 1951, Chr. P.22.

التـى تتضمـن الخطوط العريضـة والإتجاهات العامـة للسياسـة التشريعيــة للدولـة .

بيـد أنـه إذا كان دور القاضـى بأساليـب عمله السالفـة يقتصـر على تحديد الإرادة الضمنيــة للمشـرع فـى اطار وظيفتـه العاديـة فـى تفسيــر القواعد القانونيــة ، إلا أن السلطـة الخلاقـة للقضـاء تتبــدى بوضــوح عندما يكشف عن بعض المبـادئ العامـة للقانـون بإعتبارهــا تعبيــرا عن الإرادة المفترضــة للمشـرع ، وهى ارادة غير حقيقيـة على خلاف الإرادتيــن الصريحة والضمنيــة (٦) .

ويتبــدى هذا الدور الخلاق للقضــاء عندما يكشف عن المبـادئ العامـة للقانـون الكامنـة أو الدفينــة فـى ضمير الجماعة ومعتقداتهـا ، وليس فـى ذلك شبهـة المساس بمبـدأ الفصـل بيـن السلطات ، أو تدخل القضـاء فـى وظيفـة التشريــع ، فالقاضــى لا يتمتــع بسلطـة تشريعيــة وتقريـره للمبـادئ العامـة لا يعنـى أنه يشرع ، إذ أنه وهو يضـع هذه المبادئ ، أو بالأحــرى يكشف عنها ، ليس حرا ، مثلـه فـى ذلك مثل المشرع ذاتـه ، فهو مقيـد ومرتبـط بمعتقـدات وفلسفــة قومية كامنـة فـى الضميـر العـام للجماعة ، تتسلــط على عمله وتتغلغـل فـى فكـره حتـى يمكنـه أن يترجـم بأمانـة ودقـة ما ينطوى عليـه ضميـر الجماعة من مبـادئ تعبـر عن حاجات عليـا جوهرية للمجتمـع ، فالمشــرع

(٦) راجع فـى السلطـة الخلاقـة للقضـاء :

WALINE, Le Pouvoir normatif de la Jurisprudence, M.G. Scelle 1950, t. II, P. 613.

J. ROCHE, Réflexions sur le pouvoir normatif de la Jurisprudence, A.J.D.A. 1962. 532.

MAURY, Observations sur la Jurisprudence en tant que source de droit, M. Ripert, t.I, P. 28.

DYPEYROUX, La Jurisprudence, source abusive de droit, M. Maury, 1960, t.I, P. 439.

الدكتـور محمد عصفـور :مذاهب المحكمة العليـا فـى الرقابـة والتفسيـر والابتــداع - ١٩٥٧ - الجزء الثالـث - ص ٣٦٩ .

ومن ورائه القاضى لا ينشئ القواعد القانونية من العدم ، إذ هو يخلق هذه القواعد بعد أن تتأكد حاجة المجتمع إليها ، ومن ثم تغدو هذه القواعد تعبيرا حقيقيا عن ارادة الشعب ، مما يضمن تنفيذها والإلتزام بها اقتناعا ، بوصفها قواعد نابعة من الشعب وليست مفروضة عليه .

ومن هنا تتفق غالبية الفقه ، فى فرنسا على وجه الخصوص ، على الإقرار بأن للمبادئ العامة للقانون مرتبة إلزامية تعلو مرتبة القانون الصادر عن السلطة التشريعية ، وتصل إلى مرتبة الدستور ذاته فى تقديرهم ، " بإعتبارها المبادئ الكبرى التى تمثل الفلسفة السياسية للأمة ، وتعكس الأفكار المقبولة من الكافة ، والتى يتأسس عليها نظامنا القانونى حيث سادته هذه المبادئ منذ أكثر من ١٥٠ سنة وسيطرت على كل تشريعاتنا ، بحيث يجوز القول أن حضارتنا القانونية تستلهم من عدد من المبادئ التى تمثل أسس نظمنا ، وأن دساتيرنا وتشريعاتنا تفصح عن اعتناقها لهذه المبادئ التى أدت إلى اعلاء دولة القانون وأملت الشروط والقواعد الدستورية التى تضمن تحقق الدولة القانونية " (٧) .

وفى تقديرنا أنه يجب الإعتراف للمبادئ العامة للقانون بمرتبة الزامية تعلو على قوة القانون ، ولكن دون أن تصل إلى مرتبة

(٧) راجع فى هذه المعانى :

ODENT, Contentieux administratif, 1979/1980, P. 1704.

STASSINOPOULOS, Le droit de la défense devant les autorites administratives, 1974, Paris, P. 44.

LETOURNEUR, les Principes généraux du droit dans la Jurisprudence du C.E., E.D.C.E. 1951. 22.

LE MIRE, La Protection Constitutionnèlle des Libertes en droit public francais, thèse, Paris II, 1975, P. 291.

GENTOT, Conclusions sur C.E. 4 oct. 1974, Dame David, R.D.P. 1974-160.

الدستـور ، لأنـه إذا جاز للدستـور أن يخالف بنصوصـه الصريحـة تلك المبـادئ نظرا لأنهـا لـم تعد تتفـق مع ظروف المجتمـع مثلا ، فإنـه لا يجوز أن يكون للمبـادئ العامـة ذات الأمـر ، ومن ثم ليـس للقاضـى أن يهدر قواعد الدستـور الصريحـة بحجة أن للمبـادئ العامـة للقانـون أن تخالفهـا - لاحقا - بإعتبارهـا فـى نفس قوتهـا ، يضاف إلى ذلك أن نصوص الدستـور تعد تعبيـرا عن الإرادة الصريحـة للشعب أو السلطـة التأسيسيـة فـى حين أن المبـادئ العامـة مهما علت قوتهـا الملزمة ليست إلا تعبيـرا عن الإرادة الضمنيـة للشعب أو المجتمـع ، ومن غير جدال فإنـه عند تعارض الإرادتيـن ، تتغلـب الإرادة الصريحـة على الإرادة الضمنيـة .

وفـى كل الأحوال فإن المبـادئ العامـة للقانـون تكون ملزمـة لكافـة السلطات العامـة فـى الدولـة بمـا فيهـا السلطـة التشريعيـة ، إذ لا شك أنـه من خلال اقرار القضـاء لوجود هذه المبـادئ والكشف عنهـا ، تغدو هذه المبـادئ من الأسـس والمقومات التـى تنظـم الروابـط والعلاقـات فـى المجتمـع ، وتصبـح بذلك ملكـا لأفـراده أى للجماعـة ، فلا تستطيـع أية سلطـة مؤسسـة أن تخالفهـا حتـى ولـو كانت هذه المبـادئ من صنعهـا ضمنـا ، ومن هنا يبيـن أن السلطـة التشريعيـة ليست مطلقـة الحرية فـى وضـع القانـون وألا تحـول عملها إلى نوع من التسلـط والتحكـم والإ ستبـداد .

والواقـع أن قـوة المبـادئ العامـة كمصدر مستقـل للقانـون إنمـا ترجـع إلى مرتبتهـا الساميـة بإعتبارهـا المثـل الذى يحتذيـه المشرع ، والطريق الرئيسـى لتحقيـق الخيـر العـام للمجتمـع والمصلحـة العامـة لأفـراده ، وبذلـك يتمثـل فيهـا خير الضمان فـى مواجهـة احتمال استبـداد المشرع فـى أية دولـة ، وملاحظة ما يجتـاح الكثيـر من دول العالـم اليـوم من ثورات شعبيـة واجتماعيـة عارمـة ، تؤكـد أن القانـون فـى معظم هذه الدول إنما يمثـل ارادة الحكـام فـى وضـع النظـام الذى

يحقق مصالحهم فى حكم شعوبها ، وليس من شك فى تقديرنا أن القانون الذى لا يترجم بأمانة ما يعتنقه الشعب من مبادئ وما يسود المجتمع من أسس فكرية ، هو قانون مخالف للعدل وغير واجب الإحترام ، ويحق للأفراد رفضه ، مما يوجب على القضاء التصدى له ، اعلاء لكلمة الحق والعدل ، وذلك من خلال تغليب المبادئ العامة للقانون على تلك التشريعات ، بإعتبارها نفحة العدالة التى من شأنها تهذيبها وتسريب القيم الإنسانية والمبادئ العليا إليها .

المطلب الثانى
موقف القضاء الدستورى فى فرنسا

إذا بحثنا فى موقف القضاء - عموما - بصدد المبادئ العامة للقانون فى فرنسا فإنه يمكننا ملاحظة التطور البالغ الأهمية فى هذا الموقف من خلال مراحل ثلا ثة هى :

المرحلة الأولى : وهى تبدأ منذ قيام مجلس الدولة الفرنسى بإعتباره جهة قضائية مختصة بالفصل فى المنازعات الإدارية وذلك عام ١٨٧٢ ، حتى قرب نهاية الحرب العالمية الثانية عام ١٩٤٥ على وجه الخصوص ، وفى هذه المرحلة كان مجلس الدولة يستلهم فى قضائه العديد من المبادئ العامة ويؤسس أحكامه عليها ، ولكن دون الإفصاح عنها صراحة فى حيثياتها ، وذلك حرصا على عدم التقيد نهائيا بقواعد قانونية جامدة ، وهو - أى المجلس - فى مرحلة انشاء وتكوين قواعد القانون الإدارى المستقلة عن القانون الخاص ، علاوة على أن المجلس لم يكن يستشعر ضرورة الإستناد الصريح لهذه المبادئ بإعتبارها متأصلة فى النظام الدستورى والقانونى السائد فى ذلك الوقت بصورة جلية لا تحتاج معها إلى اثبات (٨) .

---

(٨)
JEANNEAU, Op.Cit., P. 179...
LETOURNEUR, Op.Cit., P. 21..

المرحلة الثانيـة : تبدأ هذه المرحلة منذ عام ١٩٤٥ حتى عام ١٩٥٨ عشية صدور دستـور ١٩٥٨ الفرنسـى الحالى وما أتى بـه من تنظيمات دستوريـة مستحدثـة ، وخاصة انشاء القضـاء الدستـورى فـى فرنسـا ممثلا فـى المجلس الدستـورى .

فقـد شهدت هذه المرحلة حرص مجلس الدولـة الفرنسـى مع بدايتهـا على الإعلان صراحة عن نظريـة المبـادئ العامـة للقانـون فـى أحكامه والنص على المبـادئ التـى يستنـد إليها فـى أسباب وحيثيـات هذه الأحكـام . ويرجع هذا التحول إلى الظروف العصيبـة التـى مرت بهـا فرنسـا أثنـاء الإحتـلال خلال الحرب العالميـة الثانيـة وما نتـج عنها من انهيار النظـم والمبـادئ الدستوريـة التـى كانت قائمـة قبـل الغـزو الألمانـى ، فكـان على المجلس أن يتصـدى للمحافظـة على الحقوق والحريات الفرديـة التـى كانت مهددة بالخطـر ، فلـم يجد أمامه أفضل من المبـادئ العامـة للقانـون كبديـل للمبـادئ المنهـارة ، ومن ثم أعلن عنها المجلس صراحة وأبرزها فـى أحكامه منذ ذلك التاريـخ ، ولـم يعدل عن ذلك حتـى بعـد زوال فتـرة الإحتـلال وعـودة الحيـاة الدستوريـة إلى فرنسـا بصـدور دستـور أكتوبـر عام ١٩٤٦ (٩) .

ويلـزم ملاحظة أنـه فـى هذه المرحلة - وسابقتهـا - كان الفقـه والقضـاء يسلمان بأن للمبـادئ العامـة للقانـون " قيمـة تشريعيـة " ، بمعنـى أن قوتهـا الإلزاميـة تعـادل القانـون ، وذلك فـى سبيـل التأكيـد على خضوع أعمال الإدارة لهذه المبـادئ من خلال رقابـة مجلس الدولـة الفرنسـى على مشروعيتهـا . ولـم يكن الأمـر يحتـاج لأكثـر من ذلك إذا ما راعينـا أنه لم تكن هناك وسيلـة للرقابـة على دستوريـة القوانيـن من جانب القضـاء ، فالمهـم أن تعلـو القـوة الإلزاميـة للمبـادئ العامـة على

(٩) RIVERO, Op.Cit., P. 22..

تلك المقررة لأعمال الإدارة ، ومن ثم يستوى القول بأن لها قوة القانون أو أعلى منها .

المرحلة الثالثة : مع صدور دستور ١٩٥٨ بدأت مشكلة تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة فى البروز لما يترتب عليها من نتائج عملية ، نتيجة لما جاء به هذا الدستور من تغييرات جذرية بصدد تحديد نطاق كل من القانون واللائحة ، حيث أصبح الأصل فى التشريع للسلطة اللائحية المستقلة بينما غدا نطاق القانون محددا على سبيل الحصر ، فتخوف الفقه من ضعف الرقابة القضائية على مشروعية هذه اللوائح المستقلة ، مما دفع الكثير منهم إلى المطالبة بالإعتراف للمبادئ العامة للقانون فى ظل دستور ١٩٥٨ بمرتبة الزامية تعادل قوة الدستور ذاته حتى يمكن توفير رقابة فعالة من جانب مجلس الدولة على تلك اللوائح (١٠) بالإضافة إلى الأوامر التفويضية الصادرة وفقا للمادة ٣٨ من الدستور فى نطاق القانون.

وبالرغم من الإنتقادات التى وجهها جانب من الفقه لهذا الإتجاه إلا أن الغالبية العظمى من الفقه الفرنسى تؤيد القيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون ، دون تفرقه بينها (١١) ، أو على الأقل

---

(١٠) راجع أول من نادى بهذا الرأى وهو أحد مفوضى الحكومة أمام مجلس الدولة الفرنسى :

FOURNIER, conclusions sous C.E 26 Juin 1959, Précitees, R.D.P. 1959. p. 1013.

(١١) راجع على سبيل المثال :

DE SOTO, La Loi et règlement dans La Constitution de 1958, R.D.P. 1959. 295.

AUBY-DRAGO, Traite de contentieux administratif, 2 eme éd., 1975, t. II, P. 337.

BRAIBANT, L'arrêt "Syndicat general des ingenieurs-Conseils" et la théorie des principes généraux du droit, E.D.C.E 1962, P. 67.

بالنسبـــة لتلـك المستمـدة أو المستوحـاة من الأصـول الدستوريـة مثـل اعلان حقوق الإنسـان الصـادر عام ١٧٨٩ ومقدمة دستـور ١٩٤٦ (١٢) ، فـى حين أصرت أقليـة من الفقـه على التمسـك بمرتبـة القانـون لهذه المبـادئ أو أقل منها (١٣) .

وقد كان لإنشـاء المجلس الدستـورى فـى فرنسـا وفقـا لدستـور ١٩٥٨ ، وموقفـه الحاسم بالإعتـراف بالمبـادئ العامـة للقانـون والإقـرار لها بقـوة الزاميـة تعـادل قوة الدستـور ، أثـره البالـغ فـى ازالة تـردد بعض الفقهـاء فـى التسليـم بالقـوة الدستوريـة للمبـادئ العامـة (١٤) .

وهذا المجلس ، بالرغـم من تكوينـه السياســى ، يختص بالعديـد من المسائـل ذات الطابـع القضائـى مثـل الفصـل فـى الطعون الإنتخابيــة ، وصحة عضويـة المجالس النيابيـــة ، والتنــازع بيـن السلطتيـن التشريعيــة واللائحيـة بصـدد تحديـد موضوعات نطاق كل من القانـون واللائحـة ، إضافـة إلى الإختصـاص الأهـم وهو الرقابـة على دستوريـة القوانيـن سـواء كانت من القوانيـن الأساسيــة أم العاديـة وكذلك دستوريـــة اللوائـح الداخلية لمجلسى البرلمـان ، فلـم تعد هذه اللوائـح

---

(١٢) MORANGE, Une catégorie juridique ambigue; Les principes généraux du droit, R.D.P. 1977, 761.
VEDEL, Op.Cit., P. 383.

(١٣) CHAPUS, De La soumission au droit des règlement autonomes, D. 1960. 119..
CHAPUS, De La valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règle jurisprudentielles en droit administratif, D. 1966. 99 ..

(١٤) قارن على سبيـل المثـال المؤلفات الآتيــة :
RIVERO, Droit Administratif, 3 eme éd., P. 72 et 8 eme ed., P. 77.
DE LAUBADERE, T. de Droit Administratif, 4 eme éd., P. 211, et 8 eme éd., 1980, t. I, P. 264.

من المسائل التى تتصل بالسيادة المطلقة للبرلمان ، وأخيرا دستورية المعاهدات والإتفاقات الدولية .

وازاء هذه الإختصاصات القضائية ، يكاد أن ينعقد الإجماع الفقهى فى فرنسا على اعتبار المجلس الدستورى فيها هيئة قضائية وليست سياسية (١٥) ، وقد أيد ذلك الرأى كل من مجلس الدولة الفرنسى ومحكمة النقض (١٦) ، علاوة على تدعيم الرأى العام الواسع للمجلس والذى يطلق عليه اصطلاحات شعبية عديدة منها "مجلس الحكماء التسعة " و " حماة المؤسسات الدستورية " .

وبالرغم من أن المادة ٢/٦١ من الدستور الفرنسى تنص على اختصاص المجلس بفحص " مدى مطابقة القانون للدستور " ، إلا أن المجلس أكد أكثر من مرة على ضرورة مطابقة القوانين للمبادئ العامة المستمدة من مقدمة الدستور الحالى ودستور ١٩٤٦ واعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ وقوانين الجمهورية سيما ما يطلق

(١٥) راجع على سبيل المثال :

F. LUCHAIRE, Le C.C. est-il une Juridiction ?., R.D.P. 1979, P. 27.
A. HAURIO, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 6 eme éd., P. 1093.
CHANTEBOUT, Droit Constitutionnel et Science politique, 1982, P. 56.
WALINE, Préface de " L, Favoreu-L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 1984" .

وعلى خلاف ذلك راجع :

HAMON, Institutions et vie politique : Une Republique Presidentielle, t. II, 1977, P. 262.

(١٦)

C.E 12 dec. 1969, Conféderation des Vignerons du Midi, A.J.D.A, P. 163.
Cass. Civ. 26 fév. 1974, G.P. 1974, n. 8687, p. 21.

عليـه القوانيـن الحرة للجمهورية الثالثـة (١٧) ، علاوة على ضـرورة مطابقـة القوانيـن العاديـة للقوانيـن الأ ساسيـــة .

ومتابعـة أحكام المجلس الدستـورى فـى هذا الصـدد تنبـئ بوضـوح بالـغ عن دوره المتعاظـم فـى الدفـاع عن الحقوق والحريات العامـة للمواطنيـن فـى مواجهة السلطات العامـة ، وذلك بالإستعانـــة بمجموعة من المبـادئ العامـة التـى يتعيـن على السلطات العامـة مراعاتها لما لها من قيمـة دستوريـة ملزمـة لجميـع السلطات التـى أنشأها الدستـور بما فيهـا السلطـة التشريعيـة (١٨) .

ومن أهم أمثلـة الأحكـام الصـادرة عن المجلس الدستـورى ، والتـى تأخـذ صـورة القرارات ، والمتصلـة ببعـض المبـادئ العامـة المستنبطــة من مقدمات الدساتيـر واعلان حقوق الإنسـان وقوانيـن الجمهورية ، القرارات الآتيـة :

(١٧) راجع فـى موضوع هذه القوانيـن والمبـادئ العامـة المستقـاه منها :

RIVERO, Les principes fondamentaux reconnus par les lois de La République : Une nouvelle categorie constitutionnèlle ?, D. 1972, Chr., P. 267.

J.-J. FLAUSS, Les " Principes Fondamentaux reconnus par Les Lois de la République" dans la jurisprudence du CC : sept ans apres, R.A. 1978, n 12, P. 5.

(١٨)

F. LUCHAIRE, Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen, M. WALINE, t. II, 1974, P. 563.

P. PACTET, Quelques reflexions sur les principes relatifs aux libertés et aux droit sous la ve Republique, M. Colliard, 1984, P. 575.

VOISSET, La reconaissance de l'existence des principes généraux par le conseil constitutionnel J.C.P. 1969. 2290 bis.

C.C. 26 Juin 1969, G.D.C.C., 1975, P. 241.

١ - قرار المجلس فى ٦ يوليو ١٩٧٠ بعدم دستورية مشروع قانون أساسى لمخالفته مبدأ استقلال السلطة القضائية ، فبالرغم من أن المشرع الدستورى لم يشر إلى هذا المبدأ إلا فى المادة ٦٤ منه والتى تعهد لرئيس الجمهورية بضمان استقلال السلطة القضائية ، بما يفيد أن رئيس الجمهورية وحده المختص بالإعتراض على القوانين التى تمس هذا الإستقلال ، إلا أن المجلس الدستورى ، استنادا إلى اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين الأساسية قبل اصدارها وفقا للمادة ٦١ من الدستور ، رأى أن المادة ٦٤ المشار إليها تفيد ضرورة حماية استقلال القضاء بوصفه الشرط الضرورى لممارسة السلطة القضائية ، ومن ثم فإن المساس بهذا الإستقلال من جانب المشرع ، ولو كان من خلال أحد القوانين الأساسية ، لا يتفق مع مبدأ استقلال السلطة القضائية ، ومن ثم يغدو غير دستورى (١٩) .

٢ - قرار ١٦ يوليو ١٩٧١ والذى أعلن فيه المجلس صراحة ضرورة التزام المشرع بالمبادئ القانونية العامة لما لها من قيمة دستورية ، بغض النظر عن مصدرها ، وكان القرار يتصل بمبدأ حرية تكوين الجمعيات وتأسيسها دون رقابة مسبقة حتى ولو كانت رقابة قضائية ، وهو المبدأ المستمد من أحد قوانين الجمهورية الصادر أول يوليو ١٩٠١ بشأن تكوين الجمعيات (٢٠) .

٣ - قرار ٢٨ نوفمبر ١٩٧٣ بشأن العقوبات السالبة للحرية ، حيث قضى المجلس بأنه ليس للسلطة اللائحية وهى بصدد ممارسة اختصاصها فى تقرير المخالفات الجنائية ، أن تقرر بشأنها عقوبات سالبة للحرية ، إذ يختص البرلمان وحده بتوقيع هذه العقوبات سواء

---

(١٩) LUCHAIRE, Op.Cit., P. 568-569.

(٢٠) C.C. 16 Juill. 1971, G.D.C.C., Op.Cit, P. 237-A.J.D.A. 1971, pp. 537-542, n. RIVERO.

بصدد الجنح والجنايات التى يختص القانون بسنها ، أم بصدد المخالفات التى تختص اللائحة بإقرارها ، وذلك استنادا إلى المادة ٧ من اعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ والتى تنص على عدم جواز القبض على أحد إلا فى الأحوال التى يحددها قانون (٢١) .

٤ - قرارات المجلس منذ عام ١٩٧٣ بصدد تطبيق مبدأ المساواة أمام القانون وفقا للمادة ٦ من اعلان الحقوق سالف الإشارة (٢٢) ، ومد نطاق تطبيق هذا المبدأ أمام القضاء (٢٣) ، وفى المعاملة بين الموظفين (٢٤) ، وأمام الأعباء العامة (٢٥) .

٥ - قرار ١٢ يناير ١٩٧٧ والمتعلق بحماية الحرية الشخصية ، حيث قضى المجلس بعدم دستورية مشروع قانون كان يخول لضباط الشرطة القضائية حق تفتيش المركبات المتواجده فى الطريق العام

(٢١) BURDEAU, Droit Constitutionnel et institutions Politique, 17 éd., 1976, P. 603.
L. PHILIP, La valeur Juridique de la Declaration de 1789 selon la Jurisprudence du CC, M. Kayser, 1979, t.2, P. 317.

(٢٢) C.C. 27 dec. 1973, G.D.C.C. Op.Cit., P. 339 ...

(٢٣) C.C. 23 Juill. 1975, R.D.P. 1975, P. 1308-D. 1977, Juris., P. 629.

(٢٤) C.C. 15 Juill. 1976, J.C.P. 1977. II. 18760-A.J.D.A. 1976, P. 622.

(٢٥) C.C. 12 Juill. 1979, A.J.D.A. 1979, Sept. P. 46.
وحول مبدأ المساواة وتطبيقاته فى القضاء الدستورى راجع :
C. LEBEN, Le CC et le principe d'égalite devant la loi, R.D.P. 1982, P. 295.
F. LUCHAIRE, Un Janus constitutionnel : L'égalite, R.D.P. 1986, P. 1229.
F. MICLO, Le principe d'égalite et la constitutionnalite des lois, A.J.D.A, 1982, P. 115.
M. de VILLIERS, Le Principe d'égalite dans la Jurisprudence du CC, R.A. 1983, P. 572.

فى حضور مالكيها ، إذ رأى المجلس أن من شأن هذا القانون الإعتداء على المبادئ العامة الأساسية التى تقوم عليها الحرية الفردية ، خاصة وأن النص لا يشترط ارتكاب مخالفة تبرر اجراء هذا التفتيش . (٢٦)

٦ - قرار المجلس فى ٢٣ نوفمبر ١٩٧٧ بشأن القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعليم بإعتباره أحد المبادئ الأساسية للقوانين الجمهورية وذلك استنادا إلى المادة ٩١ من القانون المالى الصادر فى ٣١ مارس ١٩٣١ (٢٧) .

وإذا كانت القرارات المشار إليها سلفا تستند جميعها إلى مبادئ قانونية عامة تستمد جذورها من بعض النصوص الواردة فى المصادر سالفة الإشارة ، فإن أهم مراحل تطور قضاء المجلس الدستورى فى هذا الشأن تتبدى فى قراراته القائمة على مبادئ قانونية عامة لا تستند إلى أى نص محدد أو صريح ، وقد بدأت هذه المرحلة قبل نهاية حقبة السبعينات بقرار المجلس الصادر فى ٢٥ يوليو ١٩٧٩ ، والذى أقر فيه المجلس بالقيمة الدستورية لمبدأ دوام سير المرافق العامة . (٢٨)

فقد أحال عدد من أعضاء الجمعية الوطنية إلى المجلس الدستورى فى ١٩٧٩/٦/٢٨ ، وتابعهم فى ذلك بعض أعضاء مجلس الشيوخ فى ١٩٧٩/٧/٦ ، اقترح بقانون يهدف إلى تعديل أحكام قانون ٧

---

(٢٦) C.C. 12 Jan. 1977, A.J.D.A 1978, Avril, P. 215, n. RIVERO.

(٢٧) C.C. 23 Nov. 1977, A.J.D.A 1978, Nov., P. 565, n. RIVERO.

(٢٨) C.C. 25 Juill. 1979, A.J.D.A. 1979, Sept., P. 46 et mars 1980, P. 191. M. Legrand.
L. FAVOREU, La Jurisprudence du C.C. en 1978-1979, R.D P 1979, P. 1705

أغسطس ١٩٧٤ بشأن حق الإضراب فى المرافق العامة ، لتقرير مدى دستورية ما ورد فيه من أحكام تستهدف السماح للرؤساء الإداريين بعمل اللازم " لضمان تقديم الخدمة المعتادة فى المرفق " (٢٩) ، حتى في حالة الإضراب ، تأسيسا على مبدأ دوام سير المرافق العامة.

وكانت الحجة الرئيسية للنواب فى طعنهم المشار إليه ، أن حق الإضراب هو حق دستورى فى حين أن من شأن مشروع القانون سمو مبدأ دوام المرافق العامة والذى لا يتمتع بقيمة دستورية ، على حق الإضراب الذى يتمتع بالقيمة الدستورية .

ورغم أن المجلس الدستورى قد وافق على أن من شأن الإلتزام بضمان الخدمة المعتادة أن يؤدى إلى اقامة عقبة فى طريق ممارسة حق الإضراب ، إلا أنه قرر أنه وفقا لأحكام مقدمة دستور ٢٧ أكتوبر ١٩٤٦ والتى أحالت إليها مقدمة دستور ٤ اكتوبر ١٩٥٨ ، فإن ممارسة حق الإضراب تتم فى اطار " Cadre " القوانين واللوائح ، ومن ثم فإن حق الإضراب وان كان من المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية ، غير أنه يمكن للمشرع وضع الحدود اللازمة لممارسته ضمانا للتوفيق الضرورى بين الدفاع عن المصالح المهنية والذى يعد الإضراب أحد وسائله ، وحماية المصلحة العامة التى من شأن الإضراب بطبيعته الإضرار بها (٣٠) وعليه فإذا كان حق الإضراب هو حق دستورى فى جوهره ، فإنه ليس بالحق المطلق حيث أشار المشرع الدستورى إلى أن ممارسته تتم فى اطار تشريعى ، وهو ما يعنى الحدود التى يفرضها عليه مبدأ دوام المرفق العام (٣١) .

(٢٩) "D'ASSURER UN SERVICE NORMAL".

(٣٠) وبذلك يكون المجلس الدستورى قد أكد صراحة القيمة الدستورية لحق الاضراب والذى سبق لمجلس الدولة الفرنسى تاكيده ضمنا فى حكمه

C.E. 7.7.1950, Dehaene, L. 426, D. 1950, P. 583, R.D.P. 1950, P. 691.

(٣١)

L.PHILIP, La valeur Juridique du préambule de la Constitution de 1946 selon la Jurisprudence du C.C., M. Pelloux 1980, P. 265.

وتبدو أهمية قرار المجلس الدستورى فى أمرين : الأول أن المجلس قد أقر بمبدأ دوام المرافق العامة دون أن يستند فى ذلك إلى أى نص يمكن أن يستمد منه هذا المبدأ ، سواء فى الدستور أم فى المقدمات أم فى اعلان حقوق الإنسان أم فى قوانين الجمهورية ، على خلاف كافة المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية والتى كان يتم استنباطها من هذه المصادر ، بل ولم يبحث المجلس فى أمر الحاق هذا المبدأ بأى قانون من قوانين الجمهورية أو أى نص آخر ، مما يعنى بجلاء - فى تقديرنا - الإعتراف الواضح بالمبادئ العامة للقانون كمصدر رسمى وموضوعى مستقل لقواعد القانون .

والثانى أن المجلس قد أقر صراحة بالقيمة الدستورية لمبدأ دوام المرافق العامة ، حيث اعتبر الفقه أن مقتضى هذا القرار من المجلس الدستورى الإرتفاع بالمبدأ إلى مصاف المبادئ ذات القيمة الدستورية بالمساواة مع حق الإضراب ، وأن التوفيق بين المبدأين الدستوريين ذوى المرتبة الإلزامية المتساوية هو من واجب المشرع تحت رقابة المجلس الدستورى ، إذ عليه فقط تنظيم ممارسة حق الإضراب وتعيين حدوده دون انكار له ، من خلال وضع الشروط التى تستوجبها مقتضيات مبدأدوام المرافق العامة (٣٢) .

وقد رأى الفقه أن الإعتراف فى هذا الحكم لمبدأ دوام المرافق العامة ، وهو من مبادى تنظيم السلطات العامة والتى ليس لها صلة بحماية الحقوق والحريات الأساسية بالقيمة الدستورية ، فقد اثبت أن دور المجلس الدستورى كمنظم للنشاط القانونى للسلطات العامة ، لا يقل أهمية عن دوره التقليدى فى حماية الحقوق والحريات الأساسية

(٣٢)
L. FAVOREU, La conciliation de deux principes a valeur constitutionnèlle : Le droit de gréve et la continuite du service public, R.D.P. 1979, P. 1708.

، وأن هذا الدور المتصل بنشاط السلطات العامة لم يعد قاصر على وضع الحدود بين السلطتين التشريعية واللائحية ، وإنما امتد كذلك إلى الحدود بين السلطة التأسيسية من ناحية والسلطة التشريعية وأحيانا اللائحية من ناحية أخرى (٣٣) .

والخلاصة أن المجلس الدستورى منذ هذا التاريخ يكون قد دخل إلى مرحلة اثراء الكتلة الدستورية بالمزيد من القواعد القانونية ، فبالإضافة إلى مقدمات الدساتير واعلان الحقوق والمبادئ الأساسية فى قوانين الجمهورية ، تأتى أخيرا المبادئ التى يستخلصها المجلس دون استناد إلى أى نص .

وقد تأكد هذا النهج من قبل المجلس الدستورى بعد ذلك فى العديد من قراراته مثل قراره فى ١٩٧٩/١٢/٣٠ وفيه استند المجلس إلى مبدأ الدوام بصدد اختصاصات كل من البرلمان والحكومة ، وقراره فى ١٦ - ١٩٨٢/٤/٢٠ الذى استند فيه إلى مبدأى وحدة العملية الإنتخابية والمساواة بين المرشحين فى الإنتخابات التشريعية، وقراره فى ١٩٨٢/١/١٦ بخصوص التأميم ، حيث رأى المجلس أن يراقب تقدير المشرع لمدى توافر الضرورة لإجراء التأميم - بدلا من نزع الملكية - خاصة مع غياب " الخطأ الظاهر التقدير " ، أو حالة تقييد نطاق الملكية الخاصة أو حرية اقامة المشروعات (٣٤) . كذلك قراره فى ١٩٨١/١٠/٣٠ بشأن حرية

(٣٣) L. FAVOREU, LE C.C. regulateur de l'activite normative des pouvoirs publics, R.D.P. 1967, P. 5.

(٣٤) راجع هذا القرار فى :

R.D.P. 1982, P. 337, n. Favoreu-A.J.D.A. avril 1982, P. 200, n. Rivero-R.A. mars-avril 1982, P. 153, n. Villiers.

ويرى البعض أن هذا القرار نموذج لتطبيق المجلس الدستورى للمبادئ العامة للقانون دون استناد إلى أى نص :

G.BRAIBANT, Le droit administratif françois, 1984, P. 222.

=

التجارة والصناعة ، وقراريه فى ١٩٨٦/٩/١٨ و١٩٨٦/١٢/١٨ حول قوانين " الخصخصة "أى تحويل ملكية القطاع العام إلى ملكية القطاع الخاص ، استنادا إلى قانون ٢ يوليو ١٩٨٦ (٣٥) .

المطلب الثالث
موقف القضاء الدستورى فى الولايات المتحدة الأمريكية

يتمثل القضاء الدستورى فى الولايات المتحدة الأمريكية ، على المستوى الإتحادى أو الفيدرالى ، فى المحكمة العليا بها وتسمى رسميا "محكمة الولايات المتحدة العليا " ، وهى تتكون من تسعة قضاه ، وتتبوأ القمة بين المحاكم الفيدرالية والتى تضم إلى جانب هذه المحكمة ، المحاكم الإستئنافية وعددها ١٤ محكمة حتى عام ١٩٨٩ - آخرها المحكمة العسكرية التى أنشأها الكونجرس عام ١٩٨٩ - ومحاكم المناطق وعددها ٩٥ محكمة انشأها الكونجرس بمقتضى قانون السلطة القضائية الصادر عام ١٧٨٩ . أما المحكمة العليا فقد أنشأها المشرع الدستورى مباشرة ، حيث خصص المادة الثالثة من الدستور لهذا الغرض وتنص الفقرة الأولى منها على أن " تخول السلطة القضائية فى الولايات المتحدة لمحكمة عليا واحدة ،

= فى حين يتجه البعض الآخر إلى تأصيل هذا المبدأ على اعلان حقوق الانسان وخاصة على المبدأين ٤ و١٧ منه بشأن حق الملكية وعدم الاعتداء عليه إلا فى حالة الضرورة العامة :

CHAPUS, Droit administratif general, t. I, 4 e. ed., 1988, P. 32.

(٣٥) C.C. 18 sept. 1986, A.J.D.A. 1987, p. 111-R.A. 1986, P. 458.
C.C. 18 dec. 1986, A.J.D.A. 1987, P. 102.

راجع كذلك قرار المجلس فى ١٩٨٢/٢/٢٥ حول مبدأ الحرية الادارية ،وقراره بصدد حقوق وحريات الإدارات المحلية وضمان المبدأ الدستورى المتصل بتمثيل المصالح القومية وفقا للمادة ٧٢ من الدستور :

R.A. 1982, p. 271, 382, et 620.

ولمحاكم أدنى حسب ما يقرره الكونجرس وينشئه منها من وقت لآخر ".

وإذ ينتسب النظام القانوني الأمريكي إلى الأنظمه الإنجلوسكسونية ، فإنه يسهل ملاحظة أن القضاء الأمريكي عموما يحكم في المنازعات المطروحة أمامه أساسا بمقتضى قواعد " القانون القضائي - Common Law " (٣٦) ، الذى يستند إلى السوابق القضائية ، بإعتباره المصدر الرسمي الرئيسي للقانون ، وذلك إلى جانب " القانون التشريعي " أى التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية ان وجدت .

وبالرغم من نشأة قواعد القانون القضائي في انجلترا طوال سنوات ممتدة في نظامها القضائي والقانوني ، إلا أن القضاء الأمريكي رأى ضرورة الإلتزام بجانب كبير من هذه القواعد بإعتبارها الأساس للقانون الأمريكي واجب التطبيق في المنازعات المطروحة أمامه ، وذلك بالرغم من الشعور السائد بالمعاداه لكل ما هو انجليزى خلال فترة الإستعمار الإنجليزى لهم ، وهى الفترة التى سرى فيها

---

(٣٦) نفضل ترجمة اصطلاح " Common Law " بانه القانون القضائي استنادا إلى مصدره وذلك بالمقابلة مع اصطلاح " القانون التشريعي " دون أن يعني ذلك أننا نعتبر أن القضاء هو المنشئ لهذا القانون ، إذ يقتصر دور القضاء على الكشف عن وجودها في ضمير الجماعة ، كما هو الشأن كذلك بالنسبة إلى المشرع الذى لا يخلق التشريع من العدم ،وإنما يستمده من ذات المصدر الموضوعى .

ويقوم القانوني القضائي في جوهره على فكرة القانون الذى تصنعه المنصة ، أى يصنعه القاضي الجالس على منصة القضاء ، مشتقا أو مستمدا من معايير الجماعة والتاريخ ، ومن خلال التركيز على تفسير القاضي لمعتقدات الجماعة ، تتاح له مرونة كافية في أحكامه إذا تغيرت القضايا وتغيرت الظروف ، فللقاضي كل الحرية في أن يراعي التغييرات في المجتمع ، وأن ينقب عن سابقة أخرى وأن يرصد حاسة الجماعة ، وبإيجاز أن يبقى على القانون كيانا حيا - راجع في ذلك : كيف تحكم أمريكا - ترجمة نظمي لوقا - ١٩٨٨ - ص ١٦٨ - وهو ترجمة للمؤلف :

SKIDMORE-WANKE, American Gouvernment, 3 ed., 1981.

هذا القانون القضائى من انجلترا إلى الولايات المتحدة بإعتبارها احدى مستعمراتها ، ومع ذلك استمر القضاء الأمريكى فى تطبيق القواعد التى لم تحتم الظروف رفضها بإعتبارها من المبادئ التى تصلح للتطبيق فى المجتمع الأ مريكى .

والأصل أن قواعد القانون القضائى ملزمة للمحاكم ما لم ترى تعديلها وفقا للنظام المقرر لتعديلها ، كما أن للمشرع أن يسن ما يراه ملائما من التشريعات بالمخالفة لهذه القواعد ، غير أن ذلك لا ينفى أن لبعض قواعد القانون القضائى قيمة قانونية ملزمة للمشرع ذاته بحيث لا يتسنى له مخالفتها وإلا قضت المحاكم ، سيما المحكمة العليا ، بعدم دستورية هذه المخالفة .

فقد لاحظ الفقه الأمريكى أن القضاه الأمريكيون الأوائل ، سواء على مستوى الإتحاد أم على مستوى الولايات المختلفة ، قد استندوا إلى الحقوق الطبيعية والعقد الإجتماعى بإعتبارها قيودا على سلطات الحكومة بفرعيها التشريعى والتنفيذى ، وذلك بخلاف القيود الواردة صراحة فى الدستور ، على أساس أن الدساتير إنما تكشف عن مبادئ القانون الطبيعى ، وهى مبادئ عالمية تعد مصدرا لجميع الدساتير التى يتعين عليها تجسيد هذه المبادئ بإعتبارها التعبير المطلق عن العدالة ، وعلى ذلك فإنه بغير حاجة لنص دستورى ، يحظر على السلطة التشريعية سن أى قوانين من شأنها أن تهدم المبادئ العظمى للحرية الجمهورية أو للعقد الإجتماعى (٣٧) ، وبذلك توصف بعض مبادئ القانون القضائى بأنها من الأساسيات ، وأنها تعتبر القانون الأعلى الذى لا يجوز حتى للبرلمان مخالفته ، ومن ثم فإن الرقابة القضائية - ويطلق عليها فى الولايات المتحدة

(٣٧) المستشار ياقوت العشماوى : القانون فى أمريكا - ص ٧٧ - وهو ترجمة للمؤلف : B. SCHWARTZ, The Law in America, 1974.

اصطلاح " المراجعة القضائية "تتمثل في سلطة الحكم في الدعاوى والمنازعات ليس فقط بمقتضى التشريعات وإنما أيضا بموجب مبادئ القانون (٣٨) .

وفي تقدير الفقه الأمريكي أن القانون - أيا كان شكله - هو معنى مركز لتجميع القيم ، وأن المحاكم تتولى على الدوام تفسير القانون بصورة متتابعة ، وبالتالي فهي تضيف إليه أبعادا جديدة وتفاصيل مستحدثة ، أي أنها تصنع في حقيقة الأمر القواعد القانونية من خلال سلطتها في تفسير القانون ، وذلك بهدف تطويره وتنميته (٣٩) . ولذلك ينظر إلى المحاكم في أمريكا بأنها - ولو رغم ارادتها - ضمير الأمة الذى يصون القيم التي تراها في الدستور ، بإعتباره معيارا لوزن التصرفات العامة ، علاوة على دورها في تذكير الحكومة والمحكومين من حين لآخر بتلك القيم (٤٠) .

لا شك في أن القضاء الأمريكي المستقل هو قلعة الحماية الرئيسية للمبادئ الدستورية العامة ، فالقضاه الفيدراليون لا يسألون أمام أى دائرة انتخابية ، ولذلك فإنهم لا يتعرضون للضغوط السياسية ومن ثم فهم في مركز أفضل من المشرع والسلطة التنفيذية من حيث القدرة على حماية الحقوق الدستورية للأفراد حتى ولو تطلب الأمر اتخاذ قرارات سياسية غير شعبية ، وإذا كانت

---

(٣٨) E.S. CORWIN, The Constitution and what it means today, 1954, 11 ed., P. 130.

ويستشهد المؤلف في اثبات خضوع القانون لهذه المبادئ ، بما كتبه رئيس القضاه " كوك " عام ١٦١٠ وهو انجليزى الجنسيه من " أنه عندما يخالف التشريع الصادر من البرلمان الحقوق العامة أو المعقول ، فإنه وفقا لقواعد القانون القضائي ، يكون مثل هذا التشريع لاغيا " - ص ١٣٩ .

(٣٩) L. HENKIN, Foreign affairs and the Constitution, 1975, P. 205.
PATTERSON-DAVIDSON-RIPLEY, A more Perfect Union, 1982, P. 438.

(٤٠) مؤلف : كيف تحكم أمريكا - سالف الإشارة - ص ١٦٧ .

السلطتيــن التشريعيــة والتنفيذيــة - وكذلك حكومات الولايات - تملك أن ترفض اتخاذ أى من هذه القرارات ، فإن القضاء على خلافهما مجبر على ذلك عندما ينظر فى دعوى محددة ، ومع ذلك فإن غياب المسئوليــة السياسيــة المباشــرة عن القضاء علاوة على خصيصة " التمعن والروية " التى يتسم بها العمل القضائى والإجراءات القضائيــة ، يتيــح قيام الأحكام القضائيــة على الفكر الحر والمنطق القانونى السليم (٤١) .

ولعل من أهم ما أنتجه هذا الفكر ، ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا بصدد شرط " الإجراء القانونى الواجب " DUE PROCESS OF LAW " الذى ورد فى التعديل الخامس للدستور وهو يتصل ببعض الحقوق والحريات الشخصية ، حيث اشترط للمساس بالحيــاة أو الحرية أو الممتلكات أن يتم ذلك وفقا للإجراء القانونى الواجب ، وهو ذات الشرط الوارد فى التعديل الرابع عشر الذى ألزم فى فقرتــه الأولــى الولايات المختلفة بعدم اقرار أى قانون من شأنه المساس بحياة الشخص أو حريته أو ممتلكاتــه إلا وفقا لإ جراء قانونى واجب .

فقد استخلصت المحكمة العليا خلال تطور متعدد المراحل بصدد تطبيق هذا الشرط (٤٢) ، ما يطلق عليه فى مصر وفرنسا مبدأ المشروعية ، على أساس أنه لا يجوز المساس بالحقوق والحريات ، سواء من جانب المشرع أو الإدارة ، إلا إذا كان هناك نص يحدد الوسائل أو الإجراءات المشروعة لهذا المساس ، ومن ثم يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم مشروعية القانون المخالف لهذا الشرط ، بل ومن الملاحظ أن الإلتجاء إلى ذلك الشرط قد امتد لفحص مدى ملاءمة القانون أو معقوليته كما يشار إلى ذلك هناك ، وفى هذا الصدد فإن المحكمة

(٤١) L.M. SWYGERT, Op. Cit., p. 449.

(٤٢) الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد :المرجع السابق - ص ٢٨٦ وما بعدها - وهو يطلق على هذا الشرط اصطلاح " شرط مراعاة الوسائل القانونية السليمة " .

العليا عند بحثها لما يتفق مع هذا الشرط وما لا يتفق معه قد تعدت المقابلة بين نصوص الدستور والتشريع إلى المبادئ العليا التى تهيمن على الدستور أو بالأحرى روحه للحكم بعدم دستورية التشريع المخالف لها (٤٣) .

ومن أشهر المبادئ الدستورية العامة التى أقرتها المحكمة العليا للولايات المتحدة ، بل وأول هذه المبادئ فى النظام الدستورى الأمريكى ، مبدأ المراجعة القضائية ، الذى جعل منه رئيس القضاه " مارشال " حجر الزاوية فى القانون الدستورى الأمريكى ، وهو المبدأ الذى يتبلور مفهومه فى حق الرقابة على الدستورية وخاصة دستورية القوانين ، بهدف حماية الحقوق والحريات الفردية . فمن الواضح لدى الفقه الأمريكى أنه ليس هناك أى سند صريح يحدد الجهة أو السلطة العامة التى يمكنها أن تحدد دستورية أى عمل يصدر عن احدى السلطات التشريعية أو التنفيذية أو القضائية أو الإدارية ، كما لا يوجد أى اجراء أو قاعدة تبين كيفية ممارسة هذه الوظيفة ومن يتولاها (٤٤) .

(٤٣) الدكتور على السيد الباز : الرقابة على دستورية القوانين فى مصر - ١٩٧٨ - ص ٢٢٩ - وهو يطلق على هذا الشرط اصطلاح " شرط الاجراء القانونى المشروع "

الدكتور مصطفى عفيفى : المرجع السابق - ص ١١٦ - وهو يستخدم اصطلاح " الاجراء القانونى الملائم " . ومن الواضح أن هناك خلاف فى تفسير كلمة DUE بين الفقهاء ، وفى تقديرنا أن ترجمتها بالمشروع أو السليم يستبعد جانب الملاءمة من الاجراء القانونى ، وعلى العكس فإن ترجمتها بالملائم تؤدى إلى استبعاد جانب المشروعية ، ولذلك رأينا أن الأصوب أن تترجم بلفظ الواجب فيصبح الاجراء القانونى الواجب من حيث المشروعية وكذلك من حيث المعقولية أى الملاءمة .

(٤٤)
B. CAINE, Judicial Review-Democracy Versus Constitutionality, Temple Law Quarterly, V. 56, n.2 1983, P. 317 and P.297.
CROWIN, Op.Cit., P. 139.

غير أنه بفضل حكم المحكمة العليا فى القضية الشهيرة " ماربورى ضد ماديسون " الصادر عام ١٨٠٣ ، بسط القضاء سلطته فى مراجعة الأعمال القانونية الصادرة عن المشرع أو الحكومة أو المحاكم الأدنى للتأكد من دستوريتها ، ومع ذلك فإن " مشروعية Legitimacy " هذه المراجعة ومداها الحقيقى لازال حتى اليوم محلا للنقاش والجدل الفقهى (٤٥) ، بحثا عن أفكار جديده أو تقييم أدق للماضى فى ضوء المزيد من الخبرة والفكر (٤٦) .

ويدور هذا النقاش دوما حول ما إذا كان على القضاه بصدد تحديد مدى دستورية العمل أن يحصروا أنفسهم بين الأركان الأربع للوثيقة الدستورية والمفاهيم الضرورية فيها ، أم أنهم يمكنهم بل ويلزم عليهم أن يبحثوا خارج الوثائق لتدعيم مبادئ الحرية والعدالة عندما تكون هذه المبادئ غير موجوده بين نصوص الدستور . وفى تقدير الفقه الأمريكى أن تحليل قضاء المحكمة العليا فى هذا الشأن ينبئ بوضوح أن المحكمة لم تلتزم حرفية الدستور أو نصوصه ، حيث نهجت فلسفة سياسية متميزة ، تقوم على مصادر دستورية عليا ، وأن رئيس القضاه " مارشال " لم يستند فى تقرير مبدأ المراجعة القضائية إلا على كلمة وحيدة هى " القانون Law " ، حيث تم تفسير هذا الإصطلاح على أساس أن المحكمة العليا بوصفها المختصة دستوريا بتحديد كيفية سير العمل الداخلى للمحكمة وعلى الأخص تحديد موضوعات أحكامها وكيفية اصدارها ، فإنها إذا رأت ضرورة فحص دستورية العمل محل النزاع للفصل فى الدعوى ، كان لها ذلك بوصفها الحكم الأخير للدستور بإعتباره " قانون " ، ومن ثم يكون لها أن تحدد ما هو القانون (٤٧) .

(٤٥) CAINE, Op.Cit., P. 297.

(٤٦) SWYGERT, Op.Cit., P. 446.

(٤٧) L. TRIBE, American Constitutionnal Law, 1979, P. 23.
V. ALSTYNE, A critical guide to Marbury v. Madison, 1969, P. 34-38.

=

وأهيمة المبدأ الأخير أنه ما دام الدستور هو قانون فإنه يخضع لتفسير القضاء ، وهو الأمر الذى يمكن استخلاصه من نص المادة السادسة من الدستور التى تنص على أنه " سيكون هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التى ستصدر فيما بعد طبقا له ... القانون الأعلى للبلاد . وسيلتزم بذلك القضاه فى كل ولاية . ولا يلتفت لأى شئ يكون مخالفا لهذا فى دستور أو قوانين أى ولاية " ، فهذه الصياغة تثبت أن المشرع الدستورى قصد بالدستور أن يكون قانونا ،ومن ثم يكون للمحاكم سلطة تفسيره .

وتأسيسا على هذه السلطة فى التفسير غدت المحكمة العليا من أهم صناع السياسة العامة فى الولايات المتحدة ، وذلك بالرغم من أنه وفقا للمبدأ الديمقراطى ، فإن مسألة وضع السياسة العامة تترك ولو نظريا لممثلى الشعب المنتخبين وليس للقضاه المعينين طوال حياتهم ، ومن هنا كان الإتهام للقضاء الفيدرالى بأنه تجاوز حدود سلطاته إلى نطاق عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية بالمخالفة لمبدأ فصل السلطات (٤٨) .

= وبالإضافة إلى حكم " ماربورى ضد ماديسون " راجع كذلك حكم " الولايات المتحدة ضد نيكسون " وفيه قضت المحكمة وفقا للتفسير الوارد فى المتن بأن " كافة السلطات الحكومية أيا كان مستواها ، مثلها مثل المواطنين ، تخضع لرقابة المحكمة العليا على مسالة الدستورية ، ويكون تفسير المحكمة ملزم للكافة حتى الأشخاص غير الخصوم فى المنازعات "
United states v. Nixon, 418 U.S. 683, 703 (1974).

(٤٨)
JOHNSON, The Role of the Judiciary with Respect to the other Branches of Government, G A. Law Review, n. 2 1977, p. 455.
MASON, Judicial Activism : Old and new, VA. Law Review, 1969, P. 385.
McKAY, The Supreme Court as an Instrument of Law Reform, St. Louis U.L.J., 1969, p. 387.

ويرى الجانب المنتقد لمبدأ المراجعة القضائية أن القضاء يأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات كفكرة جيدة إلا فى حالة منع القضاء من متابعة طريقه ، وأنه من غير المقبول أن نفهم الوظيفة القضائية بأنها تعنى حرية القضاه فى ممارسة عملهم بحسب رغباتهم الشخصية ووجهات نظرهم الخاصة دون تعقيب ، وهو الفهم الذى يردده بعض القضاه مثل قول القاضى " جاكسون " تعليقا على أن قرار المحكمة العليا هو قرار نهائى ، بأن رأى المحكمة ليس نهائيا لأن المحكمة غير قابلة للخطأ ، ولكنها غير قابلة للخطأ لأنها فحسب نهاية المطاف . وفى تقدير هذا الجانب أنه ليس من المحتم لضمان استقلال القضاء أن تكون سلطته مطلقة ، لأنه إذا كان من المحتمل وقوع أخطاء دستورية تجعل من المراجعة القضائية أمر لا غنى عنه ، فإنه من المحتمل كذلك وقوع أخطاء قضائية ،.وبالتالى يتعين السماح بالتدخل السياسى فى أعمال القضاء . ومن ناحية أخرى يرى هذا الجانب أن دور القضاء فى النظام الدستورى الديمقراطى هو المساعدة فى جعل القوانين فى أفضل صورة وليس فى صنع هذه القوانين (٤٩) .

ويرد مؤيدو مبدأ المراجعة القضائية على منتقديها بأنهم فشلوا فى التعرف على الأسس الرئيسية فى النظام الدستورى والسياسى الأمريكى ، فالقضاه لا يعملون من منطلق تجاوز سلطاتهم أو فرض سياستهم الخاصة أو فلسفتهم الإجتماعية على الآخرين ، كل ما فى الأمر أنه عندما تفشل احدى السلطات فى اتخاذ عمل ما ، فإن المحاكم تعمل بدلا منهم من أجل تدعيم النظام الدستورى والمحافظة

(٤٩) J.Q. WILSON, Does the separation of powers still work?. The Public Interest, Winter 1987, pp. 36-52.
J.AGRESTO, The limits of Judicial superemacy : A proposal for " Checked-Activism", GA. Law Review, V. 14, 1980, P. 471.

على استمراره . من ناحية أخرى فإن المحاكم فى أى نظام سياسى لابد وأن تشارك بدرجة ما فى صنع السياسة وذلك فى اطار عملهم القضائى ، فأى قاض يمكن أن يواجه مشكلة الإختيار بين أكثر من تفسير أو تطبيق للتشريعات والقرارات الإدارية أو أحكام الدستور ، ومن المحتم عليه أن يجرى عملية الإختيار توصلا إلى حل المنازعة أو الخصومة ، وعندما يجرى القاضى هذا الإختيار وفقا لتفسيره الخاص ، فإن هذا التفسير لن يندرج فى اطار السياسة العامة ما لم يكن مقبولا من القضاه الآخرين ، واعتناقهم له فى الأحكام الصادرة عنهم.

وعن الإتهام بأن القضاء له سلطة مطلقة دون تعقيب ، يرد الجانب المؤيد لمبدأ المراجعة القضائية على ذلك بأن الهدف من فصل السلطات ومبدأ الرقابة المتبادلة والتوازن بين السلطات هو ضمان أنه ليس لطبقة اجتماعية أو احدى جماعات المصالح أن تهيمن بالكامل على الحكم ، وتأسيسا على ذلك يمكن للكونجرس أن يراقب القضاء الفيدرالى عندما يقوم بتفسير تشريع على نحو معين ، حيث يمكنه اجراء أى تعديل تشريعى يناقض هذا التفسير ، وحتى لو تعلق الأمر بالدستور فإن للكونجرس أن يبدأ اجراءات تعديله كذلك . اضافة إلى سلطات الكونجرس بصدد تحديد عدد أعضاء المحكمة العليا ، وفى اتهام القضاه بإرتكاب الجرائم العليا مثل الخيانة ، وفى تحديد اختصاصات المحاكم الفيدرالية ،ومن ناحية أخرى فإن لرئيس الولايات المتحدة ممارسة نوع من الرقابة السياسية من خلال سلطته فى تعيين قضاة المحكمة العليا بعد موافقة مجلس الشيوخ . وأخيرا يشير الفقه إلى أن القضاء هو أقل السلطات العامة خطورة مادامت المحاكم لا تستطيع تنفيذ أحكامها بنفسها (٥٠) .

(٥٠)
SWYGERT, Op.Cit., P. 443.
J. CHOPER, Judicial Review and the national political process, 1980, p. 6.
A. BICKEL, The Supreme Court and the idea of progress, 1978, p. 88.
A.E. HOWARD, Op.Cit., p. 122.
=

وقد تعددت الأحكام القضائية للمحكمة العليا بعدم دستورية الكثير من القوانين لمخالفتها المبادئ القانونية العامة ، وخاصة فى عهود رؤساء القضاه " مارشال " و" وارين " و" بيرجر " ، مثل مبدأ عدم جواز انتهاك الولايات المختلفة للحقوق والحريات الفردية ، وحق الخصوصية فى استخدام موانع الحمل ، وحق الإجهاض ، وحق المعيشة مع أى من الجدتين كعائلة ، ومبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق ، علاوة على المبادئ الكبرى المتطورة بصدد مسألة التمييز العنصرى ورفض حق الإنفصال للولايات والمساواة بين المنتفعين بالمرافق العامة وأمام الأعباء العامة (٥١) . وجدير بالتنويه فى هذا الصدد أنه بالرغم من التجاء المحكمة العليا مرارا لمبادئ القانون الطبيعى والعدالة بوصفها من المبادئ القانونية العامة ، رغم ثبات واستقرار الأولى بالمقابلة مع مرونة وتطور الثانية ، إلا أن تطور قضاء المحكمة العليا بصدد مسألة العبيد والتمييز العنصرى والمساواة يؤكد بما لا يدع مجالا للشك أن القضاء يعكس دوما ما فى ضمير الجماعة من مبادئ متطورة ومتغيرة بتغير الزمان ، خلافا لمبادئ القانون الطبيعى ، وهو ما يعنى أن القضاء الأمريكى يعتد فى الأصل بالمبادئ القانونية العامة كمصدر ملزم للسلطات العامة والتى يدخل ضمنها - مع قابليتها للتطوير - مبادئ القانون الطبيعى (٥٢) .

= راجع كذلك الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد : محكمه وارن والحريات العامة - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٤١ عدد ١ و ٢ - ١٩٧١ - ص ٤ وما بعدها .

(٥١) S. GOLDMAN, Constitutional Law and Supereme Court: Decision-Making, New York, 1982, p. 41.

L. BAUM, The Suprem Court, 2 ed., Washington D.C., 1985, p. 19.

(٥٢) راجع فى هذه المسالة مقاله الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد سالفة الإشارة - من ص ٣٥ إلى ص ٧١ - عن مبدأ المساواة ومحاولة القضاء على التفرقة العنصرية .

المطلب الرابع
موقف القضاء الدستورى فى مصر

القضاء الدستورى فى مصر نشأ من الناحية العضوية عام ١٩٦٩ بإنشاء المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا ، ولكنه من الناحية الموضوعية كان قائما لدى جميع المحاكم على مختلف أنواعها ، لاسيما بعد صدور الحكم الشهير لمحكمة القضاء الإدارى فى ١٩٤٨/٢/١٠ ، والذى قضى بحق المحاكم المصرية فى التصدى لبحث دستورية القوانين والمراسيم بقوانين - أى القرارات بقوانين وفقا للإصطلاح المستخدم حاليا - سواء من ناحية الشكل أو الموضوع (٥٣) . وحيث أن هذا الحكم لم يتأسس على أى نص صريح فى الدستور أو القوانين ، فمن الجلى فى تقديرنا أنه صدر ليقرر مبدأ الرقابة على دستورية القوانين والقرارات بقوانين ، بوصفه من المبادئ القانونية العامة ، تماما مثلما حدث فى الولايات المتحدة الأمريكية عند تقرر مبدأ المراجعة القضائية لدستورية القوانين بحكم قضائى على نحو ما سبق شرحه .

ودراسة أحكام القضاء الإدارى تؤكد بوضوح بالغ اعتناقه لنظرية المبادئ العامة للقانون ، ففى حكم مبكر لمحكمة القضاء الإدارى بعد انشاء مجلس الدولة فى مصر ، قضت المحكمة فى ١٩٤٨/١٢/١ بأن " مبدأ فصل السلطات لا يعنى استئثار كل سلطة بالوظيفة المخولة لها أصالة حتى ولو نص القانون على خلاف ذلك ، بل معناه تواصل السلطات واتحادها فى أداء أعمالها فى حدود القوانين ، فيجوز مثلا للبرلمان اصدار قرارات ادارية خولته القوانين الحق فى اصدارها ، كما يجوز له طبقا لأحكام المادة ٩٥ من الدستور الفصل فى صحة نيابة أعضائه ، وعمله فى هذا الشأن قضائى صرف ، كما يجوز للسلطة التنفيذية اصدار اللوائح التنفيذية أو التنظيمية التى هى

(٥٣) حكمها فى القضية ٦٥ لسنة ١ ق ، المجموعة السنة ٢ ص ٣١٥ .

دساتيـر العالـم من النص عليه وتوكيـده ، وكل مصـادرة وجدت لهذا الحق على اطلاقه تقع باطلـة وغير مشروعة ومنافيـة للمبـادئ العليـا المتعـارف عليها وللأصـول الدستوريـة المرعية"(٥٩) .

أما المحكمة الادارية العليـا فقد أشارت فى الكثيـر من أحكامها إلى " أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن القانون لا يكون غير دستـورى إلا إذا خالف نصا دستوريـا قائمـا أو خرج على روحه ومقتضـاه " (٦٠) ، ومن المسلم به أن المقصود بروح الدستـور ومقتضـاه المبـادئ القانونيـة العامة المستمـدة من روح الدستـور .

وبدورها تقضى محكمة النقض بالمبـادئ القانونيـة العامة وخاصة فى المجال الدستـورى ، ومثالا علـى ذلك ما قضت بـه من " أن قضـاء الدستـور بصـدور الحكم بهذه المثابـة ، ليس إلا افصاحـا عن أصل دستـورى أصيل وأمر مسبـق مقضى مفترض بقـوة الدستـور نفسـه ، من أن الأحكـام تصدر بأسـم السلطـة العليـا صاحبـة السيـادة وحدها ومصدر السلطات جميعا – الأمة أو الشعب – لكون ذلك الأصـل واحدا من المقومات التى ينهض عليها نظام الدولة " (٦١) .

ومع انشاء القضـاء الدستـورى ممثلا فـى المحكمة العليـا عام ١٩٦٩ ثم المحكمة الدستوريـة العليـا القائمـة حاليا عام ١٩٧٩ ، اتجهت أحكام هذا القضـاء إلى اعتنـاق العديـد من المبادئ القانونيـة

(٥٩) حكمها فى ١٩٥٤/٣/١٥ قضيـة ٦٣٦ لسنـة ٧ ق ، المجموعة السنـة ٨ ص ٩٦٩ – وفى ١٩٥٤/١١/٢٣ ، المجموعة السنـة ٩ ص ٤٣ – كذلك حكمها فى ١٩٥٢/٦/٢١ قضيـة ١٠٩٠ لسنـة ٦ق ، المجموعة السنـة ٦ ص ١٣٥٧ .
(٦٠) راجع أحكامها فى ١٩٥٧/٦/٢٩ قضيـة ١٦١ لسنـة ٣ ق وفى ١٩٥٨/٧/١٢ قضيـة ٩٢٩ لسنـة ٣ ق ، وفى ١٩٦٤/٧/٢١ قضيـة ١١١٦ لسنـة ٧ق – منشور فى الموسوعة الادارية الحديثة – الطبعة الأولى – ١٩٨٧/١٩٨٦ – الجزء ١٣ ص ٥٧٠ ومابعدها .
(٦١) حكم الهيئتيـن الجنائيـة والمدنيـة مجتمعتين فى ١٩٧٤/١/٢١ ، مجموعة المواد الجنائيـة السنـة ٢٥ ص ٣ .

العامة ، وأن لم تذكر صراحة ذلك ، وخاصة فى مجال الحقوق والحريات العامة ، بإعتبارهـا من الأصول الدستورية التى قد يؤكدها المشرع الدستورى صراحة أو ضمنا ، ومثال ذلك ما قضت به المحكمة العليا من أن " المشرع قد التزم فى جميع الدساتير المصرية مبدأ حرية العقيدة وحرية اقامة الشعائر الدينية بإعتبارهما من الأصول الدستورية الثابتة المستقرة فى كل بلد متحضر " (٦٢) ، ومن أن التقاضى حق دستورى أصيل قرره الدستور القائم بنص صريح ، كما قررته الدساتير السابقة ضمنا ، وأن المشرع الدستورى لم يقف عند حد تقرير حق التقاضى للناس كافة كمبدأ دستورى أصيل ، بل جاوز ذلك إلى تقرير مبدأ حظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى ضد رقابة القضاء ، رغم أنه يدخل فى عموم المبدأ الأول الذى يقرر حق التقاضى للناس كافة ، وذلك توكيدا للرقابة القضائية على القرارات الادارية (٦٣) ، وهو حق لم يجعله الدستور وقفا على المصريين وحدهم ، بل كفل هذا الحق أيضا للأجانب (٦٤).

ومن المبادئ القانونية العامة التى استمدتها المحكمة الدستورية العليا من روح الدستور مبدأ الحرية النقابية وذلك تأسيسا على المادة ٥٦ من الدستور التى تنص على انشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطى حق يكفله القانون ، حيث قضت المحكمة بأن مؤدى هذا النص أن المشرع الدستورى لم يقف عند حد

---

(٦٢) حكمها فى ١٩٧٥/٣/١ دعوى رقم ٧ لسنة ٢ ق ، المجموعة الجزء الأول - ص ٢٢٨ .

(٦٣) المحكمة العليا فى ١٩٧٧/٤/١٦ دعوى رقم ١٤ لسنة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ٤٨ - والمحكمة الدستورية العليا ١٩٨٣/٢/٥ دعوى رقم ٧ لسنة ٢ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ٨٦ - وفى ١٩٨٣/١٢/٣ دعوى رقم ٩٢ لسنة ٤ ق ، ذات المجموعة ص ١٨٠ - وفى ١٩٨٥/٢/١٦ دعوى رقم ٦٧ لسنة ٦ ق ، المجموعة الجزء الثالث ص ١٤٥ - وفى ١٩٨٧/٤/٤ دعوى رقم ١ لسنة ٨ ق .

(٦٤) المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٨٨/٦/٤ دعوى رقم ٩٩ لسنة ٤ ق .

كفالـة حق تكوين النقابـات ، " بل جاوز ذلك إلى تقرير مبدأ الديمقراطيـة النقابيـة " ، وأن المشرع عنى بالأسـاس الديمقراطى " توكيـد مبدأ الحرية النقابيـة بمفهومها الديمقراطى الذى يقضى - من بين ما يقضى بـه - أن يكون لأعضـاء النقابـة الحق فـى أن يختـاروا بأنفسهـم وفـى حرية قيادتهـم النقابيـة التـى تعبـر عن ارادتهم وتنوب عنهم ، الأمـر الذى يستتبـع عدم جواز اهدار هذا الحق بحظره أو تعطيلـه " (٦٥) . كما أن المحكمة استمدت من المـادة الخامسة من الدستـور - بعد تعديلها فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ - حيث نصت على أن " يقـوم النظـام السياسـى فى جمهورية مصر العربيـة على أساس تعدد الأحزاب ....." ، مبدأى حرية تكوين الاحزاب وحق الانضمـام إليها ، فقد قضت المحكمة بأن " الدستـور إذ تطلب تعـدد الأحزاب ليقـوم على أساسـه النظـام السياسـى فـى الدولة ، يكون قد كفل بالضـرورة حرية تكوينهـا فـى الاطار الذى رسمه لها ، بمـا يستتبـع حتمـا ضمان حق الانضمـام إليها " (٦٦) .

وفـى مجال العلاقـة بيـن السلطات العامة يمكن ملاحظة بعض المبـادئ القانونيـة العامة ، ومثـال ذلك مبدأ الرقابـة الادارية الذاتيـة حيث قضت المحكمة العليـا بأن " من المبـادئ الدستوريـة المقررة أن للحكومة سلطة مراقبـة أعمال الوزارات والمصالـح والهيئات التابعـة لها ، وأن تلغـى أو تعدل قراراتهـا التـى تـرى أنها غير ملائمة على الوجه المبيـن بالقانـون وتلك هى الرقابـة الادارية الذاتيـة " (٦٧) كذلك مبدأ عدم تعديل طبيعـة القرار بقانـون نتيجـة اقرار السلطة

(٦٥) حكمها فى ١٩٨٣/٦/١١ دعوى رقم ٤٧ لسنـة ٣ ق ، المجموعة الجزء الثانـى ص ١٢٧ .
(٦٦) حكمها فى ١٩٨٦/٦/٢١ دعوى رقم ٥٦ لسنـة ٦ق ، المجموعة الجزء الثالـث ص ٣٥٣ .
(٦٧) حكمها فى ١٩٧٢/٤/١ دعوى رقم ١١ لسنـة ١ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ٧٣ .

التشريعيـة لـه ، حيث قضت المحكمة الدستوريـة العليـا بأن " اقرار مجلس الشعب للقـرار بقانـون لايترتـب عليـه سوى مجرد استمـرار نفـاذه بوصفـه الذى نشأ عليه كقـرار بقانـون دون تطهيـره من العوار الدستـورى الذى لازم صدوره . كما أنه ليس من شأن هذا الاقـرار فـى ذاتـه أن ينقلب بـه القـرار بقانـون المذكور إلى عمل تشريعـى جديد يدخل فـى زمرة القوانيـن التـى يتعيـن أن يتبـع فـى كيفيـة اقتراحهـا والموافقـة عليها واصدارها القواعد والاجراءات التـى حددها الدستـور فـى هذا الصـدد وألا ترتـب على مخالفتهـا عدم دستوريـة القانـون " (٦٨) ، كذلك الأمـر بالنسبـة للاستفتـاء الشعبـى ، حيث قضت المحكمة بأنـه " لايجوز أن يتخـذ هذا الاستفتـاء - الذى رخص بـه الدستـور وحدد طبيعتـه والغرض منـه - ذريعة إلى اهدار أحكامه أو مخالفتهـا ، كما أن الموافقـة الشعبيـة على مبادئ معينـة طرحت فـى الاستفتـاء لا ترقـى بهـذه المبـادئ إلى مرتبـة النصوص الدستوريـة التـى لا يجوز تعديلهـا إلا وفقـا للاجراءات الخاصة المنصوص عليها فـى المـادة ١٨٩ من الدستـور ، وبالتالـى لاتصحـح هذه الموافقـة ما قد يشوب النصوص التشريعيـة المقننـة لتلـك المبـادئ من عيب مخالفـة الدستـور ، وإنما تظل هذه النصـوص على طبيعتهـا كعمل تشريعـى أدنـى مرتبـة من الدستـور " (٦٩) .

من ناحيـة أخرى يمكن ملاحظة أن الكثيـر من أحكام القضـاء الدستـورى تقوم على أساس مبدأ ضـرورة سيـر السلطات العامة بانتظـام واطراد ، وعلى سبيـل المثـال رأت المحكمة العليـا فـى نص المـادة ١٩١ من الدستـور والتـى تقضـى بأن كل ما قررتـه القوانيـن واللوائـح من أحكام قبـل صدور هذا الدستـور يبقـى صحيحـا نافـذا ، مجرد تطبيـق لهذا المبـدأ ، حيث قضت بأن ما عنـاه المشرع الدستـورى بنـص هذه

(٦٨) حكمها فـى ١٩٨٥/٥/٤ دعوى رقم ٢٨ لسنـة ٢ ق ، المجموعة الجزء الثالـث ص١٩٥ .
(٦٩) حكمها فـى ١٩٨٦/٦/٢١ - سالف الاشـارة .

المادة " هو مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور تجنبا لحدوث فراغ تشريعى يؤدى إلى الاضطراب والاخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة فور صدوره وذلك دون تطهير تلك التشريعات مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها فى ذلك شأن التشريعات التى تصدر فى ظل التشريع القائم " (٧٠) .

وفى تقديرنا أن هذا المبدأ هو ذاته الأساس الذى قام عليه حكم المحكمة فى ١٩٩٠/٥/١٩ محل هذه الدراسة ، والذى قضى بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب بعد تعديلها ، حيث ورد فى حيثيات هذا الحكم وأسبابه أنه " لما كان ذلك وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نص تشريعى ثبت عدم دستوريته بالحكم الذى انتهت إليه المحكمة فى الدعوى الماثلة . فإن مؤدى هذا الحكم ولازمه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلا منذ انتخابه ، إلا أن هذا البطلان لا يؤدى البتة إلى ما ذهب إليه المدعى من وقوع انهيار دستورى ولايستتبع اسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذه من اجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية ، بل تظل تلك القوانين والقرارات والاجراءات قائمة على أصلها من الصحة ، ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة ، وذلك ما لم يتقرر الغاؤها أوتعديلها من الجهة المختصة دستوريا أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا أن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بنى عليه الحكم ".

هذا القضاء يقوم على أنه بالرغم من بطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه ، إلا أن أعمال هذا المجلس تظل نافذة إلى أن يتم

(٧٠) حكمها فى ١٩٧١/٣/٦ دعوى رقم ٣ لسنة ١ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ١ - وفى ١٩٧٦/٤/٣ دعوى رقم ١١ لسنة ٥ ق ، ذات المجموعة ص ٤٤٢ .

الغاؤها أو تعديلها أو يقضى بعدم دستوريتها ، أى أنها تأخذ حكم الأعمال الصادرة عن مجلس صحيح قانونا ، وهذا الوضع يشابه إلى حد كبير العديد من الأوضاع الظاهرة أو الفعلية والتى تجمعها نظرية المراكز الفعلية على نحو ما سنبينه لاحقا ، ومثال هذه الأوضاع فى القانون الدستورى النائب الظاهر والحكومة الفعلية ، وفى القانون الادارى الموظف الفعلى . وتتأسس نظرية المراكز الفعلية فى القانون الادارى على مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، أما فى القانون الدستورى فيمكننا القول بأن هذه النظرية تتأسس على مبدأ مماثل لنظيره فى القانون الادارى ، هو مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد ، بإعتباره من المبادئ القانونية العامة فى المجال الدستورى ، والتى تعد من المبادئ الملزمة للسلطات العامة فى الدولة .

ومن ناحية أخرى فإن الفقه الحديث فى مصر بات يسلم بهذه المبادئ ودورها فى المجال الدستورى ، حيث يؤكد أن الواقع العملى يشير إلى " أن القاضى يستعين بهذه المبادئ ليؤول نصوص الدستور إذا تحملت التأويل ، أو أنه يعتمد فى تطبيقه لهذه المبادئ على صمت الدستور أو عدم وجود نص صريح يعارضها ، فيطبق هذه المبادئ بإعتبارها أصلا عاما أو قاعدة واجبة الإتباع ، ومن هنا لا تبدو ثمة مشكلة ، فما دام القاضى لم يتجاهل حكم الدستور أو يؤوله تأويلا خاطئا بغية الإستعانة بهذه المبادئ ، فإن هذه المبادئ العليا تلعب دورها الطبيعى ، مشكلة العنصر الذى يمكن القاضى من استنباط الحلول للمنازعات الدستورية التى تطرح أمامه . فعمل القاضى الدستورى لا يفترق عن عمل نظيره المدنى أو الإدارى من حيث الجوهر ، وهو يحتاج مثلهما إلى مبادئ عامة يستقيها من دستوره ومن الأصول ذاتها التى تحكم عملية وضع الدستور ، ومنها أيديولوجيته وما تهدف إليه ،والأصول النظرية والسوابق العملية لما سبق من دساتير ،والمفهوم السائد فى المجتمع عما تتضمنه الدساتير من أحكام

تتعلق بالحقوق والحريات العامة وما يحويه الضمير القانوني في المجتمع " (٧١) .

وعلى ذلك ، وتأسيسا على ما تقدم نعالج في المبحث التالي نظرية المراكز الفعلية في القانون الدستوري ، والتي من تطبيقاتها في تقديرنا حالة البرلمان الفعلي أو الظاهر ، بإعتبار أن هذه النظرية بتطبيقاتها في المجال الدستوري تتأسس على أحد المبادئ القانونية العامة هو مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بإنتظام واطراد.

(٧١) الدكتور محمد ماهر أبو العنين : الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - ١٩٨٧ ص ٤٣١ وما بعدها - ويراجع بصدد المبادئ القانونية العامة عموما مؤلفنا : تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية - ١٩٨٦ ، كذلك الدكتور عادل عمر شريف : قضاء الدستورية . القضاء الدستوري في مصر - ١٩٨٨ - حيث يؤيد اتجاهنا في اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة بذاتها للسلطة التشريعية - مثلها في ذلك مثل غيرها من المبادئ القانونية العامة - ومن ثم فإنها تعتبر مرجعا للرقابة القضائية على دستورية التشريعات . ص ٢٠٨ : ٢٣٧ .

المبحث الثانـى
نظريـة المراكـز الفعليــة فـى القانـون الدستـورى

أثارت المحكمة الدستوريـة العليـا بقضائهـا استمـرار نفـاذ ما قـرره مجلس الشعب من قوانيـن وقرارات وما اتخذه من اجراءات رغم بطلان تكوينـه منذ انتخابـه ، جدلا فقهيـا حول أساس هذا القضـاء الذى يبـدو فى ظاهره غير متسق مع .المنطق القانونـى المجرد ،إذ الأصل أن عدم دستوريـة بعض نصوص قانون انتخاب السلطة التشريعيـة يؤدى إلى بطلان تكويـن هذه السلطة التـى تم انتخابهـا وفقـا لهذه النصـوص ، ولما كان من المستقـر عليه أن ما ينبنـى على الباطـل يكون بـدوره باطلا ، فإنــه يستتبــع بطلان تكويـن السلطـة ،أن تكون باطلـة كافـة أعمال هذه السلطـة ، والخروج على هذه القاعدة يستلـزم أن يقوم على أساس قانونـى كاف لتبريـر هذا الخروج .

وعليـه أثارت المحكمة عندما قضت بإيجـاز بإستمـرار نفـاذ القوانيـن والقرارات والإجراءات الصـادرة من مجلس الشعب الباطـل تكوينـه منذ انتخابـه ، دون تحديد الأسـس القانونيـة التـى يقـوم عليها هذا القضـاء ، ذلك الجدل الفقهـى المشـار إليـه ، حيث رأى بعـض الفقهـاء (١) أن بيـان هذه الأسس كان أمرا مطلوبـا لأن المحكمة مهما كانت طبيعـة وظيفتهـا المتميـزة فـى حماية الشرعيـة الدستوريـة ، فإنهـا إنما تباشـر مهمة قضائيــة فنيــة ذات طابـع قانونـى ومقيـده بضوابطـه ، لذلك كان من المأمول أن تبيـن المحكمة الإعتبـارات الفنيـة التـى أقامت عليها قضاءهـا فـى هذه المسألـة بالرغـم من أن الرقابـة الدستوريـة التـى تباشرهـا المحكمة لا ترتـد إلى استخلاص قواعد قانونيـة مجردة

(١) الأستـاذ الدكتـور محمود عاطف البنـا : مفاهيم أساسيـة حول الحكم ببطـلان تشكيـل مجلس الشعب وكيفيـة تنفيـذه - مجلة القضـاه - عدد ينايـر/يونيـو ١٩٩٠ - ص ٨٥ وما بعدها .

تفرغها فى أحكامها ، اذ هى رقابة تمارسها محكمة أمينة على مسئوليتها ، متفهمة لمراميها ، مستجيبة لمتطلباتها .

ووفقا لهذا الفقه ، فإن الفقه والقضاء الدستوريين فى مصر وفى الخارج ،يسلمان بضرورة الحد من اطلاق القاعدة النظرية ، قاعدة الأثر الرجعى للحكم ، مراعاة لاستقرار الأوضاع القانونية ، إلا أن مراعاة الإستقرار لا تؤخذ على اطلاقها ، وإلا لأدت إلى اهدار مبدأ الشرعية وشل آثار الحكم كلية (٢) ، ومن هنا وضعت ضوابط قانونية لإعمال الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ، على أساس بعض القواعد والأفكار القانونية ، كفكرة حسن النية وحماية الظاهر وفكرة الموظف الفعلى ، ووضعت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة ضوابط قانونية تتمثل فى حماية الحقوق والمراكز التى استقرت بأحد أمرين: بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بإنقضاء مدة التقادم .

ولذلك كان واضحا فى تقدير هذا الفقه بحق ، أن الإعتبارات التى أملت على المحكمة هذا الحل هى اعتبارات عملية تتمثل فى الرغبة فى المحافظة على الإستقرار وتفادى الإنهيار الدستورى ، وفى ذلك اجتهدت المحكمة اجتهادا جديدا دون أن تبين أساسه (٣) .

(٢) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستورى - ١٩٨٣ - ص ٦١٤ وما بعدها .

(٣) يشير الأستاذ الدكتور عاطف البنا إلى رأى للأستاذ الدكتور مصطفى الجمال - طالعناه جميعا فى جريدة الأهرام اليومية - يتجه فيه إلى اسناد ما انتهت إليه المحكمة من الناحية الفنية إلى مبدأ عدم المساس بما تم من تطبيق للقانون غير الدستورى إذا ما كان هذا التطبيق قد دخل حيز النفاذ تأسيسا على أن تطبيقات قانون الإنتخاب بحسبانه قانونا يشكل السلطة التشريعية هى فى الحقيقة القوانين الصادرة من هذا المجلس وليست الأحكام القضائية المتولدة عنها كما هو الحال فى غيره من القوانين . ويعنى ذلك أنه للحد من الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية يمكن قياس الأعمال التى تصدر من مجلس أو هيئة تشكيلها باطل على المراكز والأوضاع التى استقرت بأحكام قضائية نافذة ، بيد أن هذا الأساس " الفنى " لا يقدم أساسا قانونيا لهذه الفكرة أو ذلك القياس - المقالة سالفة الاشارة - مجلة القضاء - ص ٨٦ .

ويرى صاحب هذا الإتجاه أن فقه القانون العام يعرف فكرة الموظف الفعلى ، وهو الشخص الذى يمارس أعمال وظيفة عامة دون الإستناد إلى أداة قانونية سليمة بشغله اياها ، ومع ذلك يصحح الفقه والقضاء أعماله فى حالات معينة ، وعلى ذلك وبصرف النظر عن مدى توافر شروط إعمال نظرية الموظف الفعلى ، فإنه يمكن القول بأن المحكمة قد طبقتها بتصحيح ما أصدره المجلس من قوانين وقرارات وإجراءات .

وفى تقديرنا أن هذا الاتجاه يمثل البداية الصحيحة فى طريق البحث عن الأساس القانونى لقضاء المحكمة الدستورية العليا المشار إليه ، ومع ذلك فإنه لا يسوغ اعتبار نظرية أو فكرة الموظف الفعلى هى بذاتها الأساس القانونى لصحة قوانين وقرارات وإجراءات مجلس الشعب الباطل ، لأن هذه الفكرة ليست سوى تطبيق لنظرية أشمل هى نظرية المراكز الفعلية كما أشرنا سلفا ، ومن ثم يمكن القول بأن المحكمة الدستورية العليا قد قامت بقياس حالة مجلس الشعب على حالة الموظف الفعلى بإعتبارهما مجرد تطبيقات لنظرية المراكز الفعلية ، خاصة وأن نطاق تطبيق " فكرة " الموظف الفعلى تقتصر على النظام القانونى للموظف العام فى القانون الادارى ، ولا مجال لها فى نطاق القانون الدستورى ، وبالتالى إذا جاز القياس فى مثل هذه الحالة ، فإن الأقرب إلى حالة مجلس الشعب المشار إليها ، فكرة النائب الظاهر أو الفعلى وليست فكرة الموظف الفعلى .

ولبيان ما تقدم نبين فيما يلى مدلول نظرية المراكز الفعلية ، وأساسها القانونى ، وتطبيقاتها فى مجال القانون الدستورى .

المطلب الأول
مدلول نظرية المراكز الفعليـة

المراكز الفعليـة هى المراكز التـى ينكرهـا القانـون بسبـب افتقادهـا أحد الشـروط اللازمة قانونـا لمشروعيتهـا أو بالاحـرى مشروعيـة قيامهـا (٤) ، فهى اذن مراكز واقعيـة تتخـذ صورة المراكـز القانونيـة رغم أنها من الناحيـة القانونيـة ليسـت كذلك .

ويشتـرط لقيـام المراكز الفعليـة تحقق أمرين : الأول هووجوب توافـر الوجـود المـادى للمركـز الفعلـى ، أى الظهور - خلافـا للقانـون - بمظهر المركز القانونـى الصحيـح الذى يتعيـن قيامـه أو وجوده فـى النظـام القانونـى ، أما الثانـى فهو تخلف أحد شروط صحة أو مشروعيـة قيـام هذا المركـز قانونـا ، بالرغـم من قيامـه من حيث الواقـع .

بيـد أن المشكلـة الحقيقيـة فـى هذه المراكز لاتتعلـق بوجودهـا فـى ذاتهـا ، وإنما فـى ممارسة الحقوق والواجبات التـى يفرضهـا هذا المركـز من الناحيـة القانونيـة ، ولذلك فإنـه بالرغـم من اختلاف الآثـار المترتبـة على الأخذ بهذه النظريـة من تطبيـق لآخر ، إلا أنهـا تتركـز أساسـا فـى مدى نفـاذ التصرفـات المستنـدة إلى هذه المراكـز غير القانونيـة أو الفعليـة ، بوصفهـا تصرفـات تستنـد إلى مراكز قانونيـة صحيحة ، وذلك على خلاف الأصـل من بطلان هذه التصرفـات لصدورهـا عن مراكز غير مشروعة .

وتقتصـر آثـار نظرية المراكز الفعليـة فى هذا الصـدد على نفـاذ هذه التصرفـات دون تصحيحهـا ، بمعنـى أنـه يشتـرط لنفاذهـا أن تتفـق

---

(٤)
G. NOTTE, Les dirigeants de Fait de personne morales de droit privé, th. Paris 1978, p. 56.

مع كافة القواعد القانونيـة التـى يتعيـن على المركـز القانونـى الصحيـح الالتـزام بهـا فـى اصدارها ، فالاعتـراف بنفـاذ هذه التصرفـات ليـس من شانـه تطهيرها من العيوب القانونيـة التـى قد تلحق بها ، باستثنـاء العيب المتصـل بـإرادة من أنشـأ هذا التصـرف دون غيـر ذلك من العيوب القانونيـة ، إذ ليـس من مقتضيـات هذه النظريـة الاطاحة بمبـدأ المشروعيـة ونتائجـه ، وإنما يقتصـر المساس بذلك المبدأ على الآثـار التـى تقتضيهـا الاعتبـارات العمليـة المختلفـة التـى أدت إلى الأخـذ بهـذه النظريـة ومساندتهـا ، وهى اعتبـارات تدور حول فكرتيـن رئيسيتيـن هما :

أ - حماية الغيـر حسنى النيـة ، إذا كانت المظاهر الخارجية التـى يمارس من خلالها شاغل المركز الفعلـى مختلف حقوق وواجبات هذا المركـز تـؤدى إلى الوقـوع فـى غلط موضوعى معقول يبـرر التعامـل معه ، رغم مخالفتـه للاوضـاع القانونيـة الصحيحـة .

ب - كفالـة الاستقـرار والأمـن الاجتماعـى ، بإعتبـاره من دعائـم النظـام القانونـى القائـم ، ضمانـا لتحقيـق التقـدم فـى المجتمـع دون عوائق قانونيـة تهـدد هذا الاستقـرار (٥) .

المطلب الثانـى
الأسـاس القانونـى لنظريـة المراكـز الفعليـة

بملاحظة الاعتبـارات العمليـة سالفـة الذكر فـى المطلب السابـق ، يمكن ملاحظة أن الفكـرة الأولـى التـى تقـوم عليهـا هذه الاعتبـارات تخلص إلى حماية الظاهر ، فـى خين أن الفكـرة الثانيـة تخلص إلى حماية الاستقـرار ، ومن ثم يتعيـن فـى البحث عن الأسـاس القانونـى

(٥) P. MONTANE, L'inertie des Pouvoirs Public, th. Paris 1950, P. 500.

وعلى ذلك فإنـه بصـدد الموظف الفعلـى ، يتمثـل الأسـاس القانونـى للنظريـة فى الظروف العاديـة فى فكـرة الظاهر ، فى حين أنه يتمثـل فـى الظروف الاستثنائيــة فى مبدأ دوام سيـر المرافق العامة بانتظـام واطراد (٨) ، أو فـى فكـرة الضـرورة لدى بعض أنصـار هذه التفرقـة . (٩)

وبالرغـم من أن هذا الاتجـاه هو الرأى السـائد فقهـا وقضـاء ، إلا أنـه يعاب عليـه بصـدد حالة الظروف العاديـة ما سبـق عرضه بالنسبـة للاتجـاه الأول ، علاوة على خلط بعض أنصـار هذا الاتجـاه أمام حالة الظروف الاستثنائيــة بيـن فكـرة الضـرورة كنظريـة تسمـح بمخالفـة قواعد الاختصـاص بسبـب هذه الظروف ، وفكـرة الموظف الفعلـى كشخص منبـت الصلـة بـالادارة ، ولكنـه إزاء قيـام بعض الظروف الاستثنائيــة ، يرى أن من المحتـم عليـه تولـى الوظيفـة العامـة دون سنـد ضمانـا لاستمـرار سيـر المرفـق العـام بانتظـام واطراد .

(٨) الدكتـور مجدى عز الدين يوسف : المرجع السابـق - ص ٢٠٨ و ص ٢٣٦ وص ٢٧٢ .

E. JOUVE, Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français, R.D.P. 1968, p. 283.
AUBY, La théorie de l'inexistance des actes administratif, th. Paris, 1947, P. 56.
T. ROUSSEAU, Essai d'une théorie de la fonction et fonctionnaires de fait, th. Paris 1914, P. 105.
H. CHARLES, La continuité du service public en periode de crise, Etudes publiees sous la direction de J.P. Gille, 1973, p. 89.
R. CRISTINI, L'intervention de tiers dans l'Administration, Les même études de Gille, 1973, p. 82.
MONTANE, Op.Cit., P. 501.

(٩) A. DE LAUBADERE-VENEZIA-Y. GAUDEMET, T. de droit administratif, t.I, 11 éd., 1990, P. 565.
الأستـاذ الدكتـور ماجد الحلو : نظرية الظاهر فى القانـون الادارى - مجلة الحقوق والشريعـة - الصـادرة عن كليـة الحقوق بجامعة الكويـت - السنـة الرابعـة - العـدد الأول - ينايـر ١٩٨٠ - ص ٦٢ .

الاتجـاه الثالـث :

وهو يرى بحق فـى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظـام واطراد ، الأسـاس القانونـى الصحيح لنظرية الموظف الفعلـى فـى كل الحالات ، بإعتبـاره من المبادئ القانونيـة العامة المعترف بـه فقهـا وقضـاء ، وهو أساس يمتد ليشمل حالة الموظف الفعلـى فـى الظروف العاديـة إلى جانب الظروف الاستثنائيـة ، فالاعتـراف بصحة تصرفـات الموظف الظاهر أمر يقتضيـه حسن سير المرافق العامة نفسهـا ، لأن الادارة لا تعيـش بمعزل عن الأفـراد ، وتعاون الأفـراد مع الادارة فـى تحقيـق الأهداف المشتركـة أيا كانت صورة هذا التعـاون هو أمر لازم لكفالـة سيـر المرافق العامة على نحو يمكن الجمهور من الاستفـادة منها واشبـاع حاجاتهم التـى لا غنـى عنهـا ، ويستلـزم توفيـر هذا التعـاون عدم اهدار الثقـة المشروعة التـى يوليهـا الأفـراد لـلادارة ، فلا شـك أن الاخلال بهـذه الثقـة سوف يكون من شأنـه تـردد الأفـراد فـى تعاونهـم مع الادارة أو احجامهم تماما عن ذلك التعـاون تجنبـا لأى آثار ضارة قد لا تكـون فـى الحسبـان ،الأ مـر الذى يكون من شأنـه التأثيـر فـى سيـر المرافـق العامة بانتظـام واطراد ، فالمسألـة اذن لا تتصـل بحمايـة الجمهور حسن النيـة بقـدر ما ترتبـط بضمـان الثقـة المشروعة فـى تصرفـات الادارة (١٠) .

وفـى تقديرنـا أنـه يلـزم ملاحظة أن الأسـس العمليـة والقانونيـة لاعتمـاد صحة بعض التصرفـات الباطلـة أصلا فـى القانـون الخاص ، لا تصلـح غالبـا فـى القانون العـام ، فالأخـذ بنظريـة الظاهر أو مبدأ أن

(١٠) الدكتـور محمد عبد الحميد أبـو زيد : دوام سيـر المرافـق العامـة - ١٩٧٥ - ص ١٨٢ وص ١٩٧ .

BELEBLOND, L'incompétence de autorites administratifs dans la Jurisprudence administratif, th. Paris 1982, p. 202.
LEDOUX, Essai d'une théorie sur la Fonction de fait, R. général d'Adm., 1912, p. 401.

الغلط الشائع يولد الحق كأساس قانونى لتصحيح التصرفات الناجمة عن بعض الأوضاع الظاهرة مثل المالك الظاهر أو الوارث الظاهر أو الوكيل الظاهر أو الشركة الفعلية ، لا يعنى صلاحية هذه النظرية أو ذلك المبدأ فى القانون العام ، إذ تختلف الغاية من نظرية المراكز الفعلية فى القانون الخاص عنها فى القانون العام ، حيث تبرز اعتبارات حسن النية والموازنة بين المصالح المتعارضة وفكرة العدالة كأسس عملية تبرر هذه النظرية فى القانون الخاص ، بينما تختلف هذه الأسس فى القانون العام حيث تبرز اعتبارات الاستقرار والثقة المشروعة كمبررات عملية للنظرية فى هذا القانون . ولذلك نرى فى القانون الخاص أن تمسك الغير بالتصرفات الصادرة عن المركز الفعلى أو عدم تمسكهم بها يعتمد أساسا على مدى تحقق مصلحتهم الخاصة من التمسك أو عدم التمسك ، فالأمر فى النهاية يعود إلى التوازن بين المصالح الخاصة للافراد ، وهو ما يختلف جذريا عن نظيره فى القانون العام ، حيث الغاية الوحيدة من مثل هذه النظرية فى ذلك القانون هى تحقيق المصلحة العامة وتغليبها على المصالح الخاصة ، حتى وأن ترتب على ذلك الاضرار بقلة من الأفراد. ومن غير شك فإن المصلحة العامة تتحقق فحسب بضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

وعليه فإن حماية المراكز الفعلية فى القانون العام تقوم على أساس تغليب الاعتبارات العملية التى تتمثل فى ضرورة الاستقرار وتوفير الثقة المشروعة ، بإعتبارها الأكثر تحقيقا للصالح العام من تقرير بطلان التصرفات الصادرة عنها لصدورها عن غير ذى صفة ، وذلك استنادا إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة (فى القانون الادارى) أو السلطات العامة (فى القانون الدستورى) بانتظام

واطراد ، بإعتبـــاره من المبـادئ القانونيــة العامـة المقـررة فقهـا وقضـاء بغيـر حاجة إلى نص يقـرره أو يؤكـده (١١) .

وفـى اطار القانـون الدسـتـورى يمكن ملاحظة أن المشرع الدسـتـورى طبق مبدأ ضـرورة سـيـر السلطات العامـة بانتظـام واطراد فـى العديـد من النصـوص ، مما يؤكد جواز تطبيـق المبدأ فـى حالات أخرى ، من خلال أسلوب التعميـم وهو أحد أساليب الكشف عن المبادئ القانونيــة العامـة على نحو ما بنيـاه سلفـا .

ففـى فرنسـا كان المشرع الدسـتـورى بالـغ الوضـوح عندما نص فـى المـادة ١٦ من الدسـتـور الحالـى على أنه " إذا أصبحت المؤسسات الجمهورية ... مهددة بخطر جسيم وحال نشأ عنه انقطاع سيـر السلطات العامـة الدستوريـة المنتظـم ، يتخذ رئيس الجمهورية الاجراءات التـى تقتضيهـا هذه الظروف ... ويجب أن يكون الغرض من هذه الاجراءات هو تمكيـن السلطات العامة الدستوريـة من القيـام بمهامها فـى أقرب وقت ممكن ... ويجتمـع البرلمـان بحكم القانـون ، ولا يجوز حل الجمعية الوطنيـة أثنـاء ممارسة هذه السلطات " ، كما أن المشرع الدسـتـورى

(١١) من المستقـر عليه اليـوم فـى فرنسـا أن مبدأ استمراريـة - وليس دوام - المرافـق العامة من المبادئ القانونيــة العامة الملزمة رغم عدم استنادهـا إلى أى نص مكتوب ، حيث يعتبـره مجلس الدولة الفرنسـى من المبادئ " الاساسيــة " ، كما أن المجلس الدسـتـورى هناك يضفـى عليه القيمـة الدستوريـة وليـس فقـط قيمـة التشريـع - راجع فـى ذلك .

C.E 13.6. 1980, Dme Bonjean, L. 274.
C.C. 25.7. 1979, Continuité du service public de la radio-television, A.J.D.A 1979, P. 46 et 1980, p. 191-R.D.P. 1979, p. 1705-R.A. 1980, P. 75.

C.C. 22.7. 1980, Contrôle des matieres nucléaires, A.J.D.A 1980, p. 602.
C.C. 28.7. 1987, Mesures d'ordre social, R.D.P. 1988, p. 1315-R.A. 1988, p. 437.
J.M. BOLLE, Le principe de continuité des services publics, th. Paris 1975.
A. DUPIE, Le principe de continuité des services publics, sur les services publics, Economica, 1982, p. 39.

الفرنسـي كان أيضا واضحا فى تقرير ذات المبدأ عندما نص فى المادة الخامسة كذلك على أن " يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستـور . وهو يضمن بإعتبـاره حكما ، السير المنتظم للسلطات العامة واستمـرار بقـاء الدولة ... " .

أما المشرع الدستـورى فى مصر فقد أشار بدوره إلى نفس المبدأ بالنـص فى المـادة ٧٣ من الدستـور الحالى على أن " رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية ... ويرعى الحدود بين السلطات لضمان تأديـة دورها فى العمل الوطنى " ، وتأكيـدا لتحقيـق هذا الضمان الذى يعنى فى تقديرنـا ضرورة استمراريـة السلطات العامة فى أداء دورها الدستـورى بانتظـام واطراد ، نص الدستـور فى المـادة ٧٤ على أن " لرئيـس الجمهورية إذا قـام خطر .. يعوق مؤسسات الدولة عـن أداء دورها الدستـورى أن يتخذ الاجراءات السريعـة لمواجهة هذا الخطر ... " .

ويتضـح من هذه النصوص (١٢) أنه يشتـرط للالتجـاء إلى نص المـادة ١٦ من الدستـور الفرنسـي أن يتوافـر الخطر الجسيم الحال الذى ينشـأ عنه انقطاع السيـر المنتظـم للسلطات العامة الدستوريـة ، ومن الجلى أنه يكفى توقف احدى هذه السلطات عن السيـر المنتظـم للالتجـاء إلى هذا النص ، إذ اضافـة إلى أن هذا التوقف من شأنـه التأثيـر على أداء السلطات العامة الأخرى على أكمل وجه ، فإن اقتضـاء الشرط على ضرورة شموله لكافـة السلطات الدستوريـة يؤدى عملا إلى تعطيل تطبيـق هذه المـادة تماما لاستحالـة ذلك من الناحيـة العمليـة ، خاصة وأن ذلك الاقتضـاء يفتـرض انقطاع رئيس الجمهورية نفسـه عن أداء عمله ، مما يعنى استحالـة لجوئه للمـادة ١٦ ، ومع

(١٢) راجع فى شرح هذه النصـوص مؤلفنـا : لوائح الضـرورة وضمانـة الرقابـة القضائيـة - ١٩٨٢ - من ص ١١٣ إلى ص ٢١٤ .
الدكتـور وجدى ثابت غبريـال : السلطات الاستثنائيـة لرئيـس الجمهورية طبقـا للمـادة ٧٤ من الدستـور المصرى والرقابـة القضائيـة عليها - ص ٩٧ وما بعدها .

تضـور تحقق انقطاع جميع السلطات عن أداء عملها المنتظـم من الناحيـة النظريـة على الأقـل ، فإن الأمـر فـى هذه الحالـة يصل إلى حد الانهيـار الدسـتورى الشامل ، بحيث يغدو الحديث عن تطبيـق الدسـتـور أو أحد نصوصـه لغوا .

يؤكد ذلك أن المشرع الدسـتورى يشتـرط لتطبيـق هذا النص أن يكون الهدف الوحيد من الاجراءات المتخذة استنـادا إليـه هو تمكين السلطات الدستوريـة العامـة من مباشـرة مهامها وذلك فـى أقل وقت ممكن ، علاوة على أنه رتب على الالتجـاء لهذا النص وتطبيقـه ، وجوب انعقـاد البرلمـان بقـوة القانـون وعدم جواز حل الجمعيـة الوطنيـة ، تأكيـدا على أن هذا النص إنما يهدف بصـورة رئيسيـة ضمان سير السلطات العامـة بانتظـام واطراد ، ومن ثـم لايجوز أن يخضع اجتماع البرلمـان لارادة الرئيـس فـى دعوتـه أو عدم دعوتـه للانعقـاد ، وفـى حل أو عدم حل الجمعيـة الوطنيـة ، وهى حقوق يقررها الدسـتـور أصلا لرئيـس الجمهورية .

أما عن المـادة ٧٤ فـى الدسـتـور المصرى ، فإنـه يشتـرط للالتجـاء إليهـا أن يتحقـق كذلك الخطر الجسيم الحال أما على الوحدة الوطنيـة أو سلامـة الوطن أو - وهذا ما يتصـل بالمبـدأ محل دراستنـا - كان من شأنـه اعاقة مؤسسات الدولـة عن أداء دورها الدسـتورى ، فيكفـى فـى الدسـتـور المصرى مجرد الاعاقـة عن أداء الـدور الدسـتـورى ، وهو مفهـوم يقل كثيـرا من مدلول اشتـراط الانقطـاع عن السيـر المنتظـم كما ورد فـى نص المـادة ١٦ من الدسـتـور الفرنسـى . ومن غير شك أن المقصـود باصطـلاح مؤسسات الدولـة هى السلطات العامـة الدستوريـة بدليـل أن المشرع أعقب هذا الاصطـلاح بالنـص على الـدور " الدسـتـورى " لهـذه المؤسسات ، أى أنه اشتـرط أن يكون لهـذه المؤسسات دورا دستوريـا .

وهكذا فإننـا نرى فى النصوص سالفة الذكر ، أنها تمثل بوضوح بالغ نواة لمبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد ، بحيث يحق للقضاء - مثلا - الأخذ بهذا المبدأ وتطبيقه خارج اطار تلك التطبيقات الدستورية ، ومن ثم فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا بإستمرار نفاذ القوانين والقرارات والاجراءات التى اتخذها مجلس الشعب السابق بالرغم من بطلان تكوينه منذ لحظة انتخابه ، يعد تطبيقا للمبدأ المشار إليه ، وبالتالى يمكن القول بأنه فى مجال القانون الدستورى يوجد من المراكز الفعلية ما يمكن تسميته بالبرلمان الفعلى أو المشرع الفعلى ، بالاضافة إلى التطبيقات الأخرى للمراكز الفعلية فى نطاق القانون الدستورى .

المطلب الثالث
تطبيقات نظرية المراكز الفعلية فى القانون الدستورى

بينا سلفا أن إعمال نظرية المراكز الفعلية لايقتصر على العلاقات والروابط فى القانون الخاص ، وإنما تمتد كذلك إلى العلاقات والروابط فى القانون العام بفرعيه الرئيسيين القانون الادارى والقانون الدستورى .

ففى اطار القانون الدستورى يمكن أن نصادف بعض المراكز الفعلية ، ومثالها حالة انتخاب رئيس الجمهورية ثم اعلان بطلان انتخابه بعد ذلك ، كما لو تبين أنه ليس مصريا أو أن عمره يقل عن أربعين سنة ميلادية بالمخالفة لأحكام المادة ٧٥ من الدستور ، كذلك حالة اعتبار عضوية النائب فى البرلمان باطلة نتيجة الطعن فى صحة عضويته وثبوت سلامة الطعن ومن ثم موافقة البرلمان على اعتبار العضوية باطلة ، ففى مثل هذه الحالات يمكن اعتبار التصرفات القانونية الصادرة عن هذه المراكز نافذة رغم عدم

مشروعيتهـا ، استنـادا إلى مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظـام واطراد . (١٣)

ومن المراكز الفعلية المسلم بها فى اطار السلطة التنفيذيـة حالة الحكومة الواقعيـة أو الفعليـة ، وهى تلك التـى تتحقـق نتيجـة توليهـا الحكم بالمخالفـة لأحكـام الدسـتور مثل حكومات الفراغ الدسـتورى أو الحكومات الثوريـة التـى تستهـدف تنحيـة القائميـن بالحكـم مع المحافظة على النظـام الدسـتورى القائـم ، وكذلك حالة استمـرار الحكومة المستقيلـة فـى ممارسة العمل بالرغـم من قبـول استقالتهـا وذلك إلى حين تشكيـل الحكومة الجديدة . وهذه الحالات تحتـاج بغيـر شك إلى دراسة تفصيليـة لا تسمـح بها دراستنـا فـى هذا البحث . (١٤)

(١٣) جدير بالملاحظة أن نشير كذلك إلى تطبيقـات دستوريـة للمبـدأ ، فلضمـان سير السلطة التشريعيـة بانتظـام واطراد تنظـم المـادة ٩٢ من الدسـتور عملية انتخاب المجلس الجديد قبل انتهاء مدة المجلس القديـم ، وتؤكـد المـادة ١٠١ على اجتماع المجلس بقوة الدسـتور إذا لم يدع للانعقـاد ، وتلـزم المـادة ١٠٢ دعوة المجلس للانعقـاد فـى حالة الضـرورة ، كما تعالـج المـادة ١٤٧ حالة غياب البرلمـان فـى الوقت الذى يلـزم فيـه اتخاذ تدابيـر لاتحتمـل التأخيـر - كذلك بالنسبـة للسلطـة التنفيذيـة ممثلة فـى رئيـس الجمهورية ، فالمـواد ٨٢ و ٨٤ و ٨٥ من الدسـتور تعالـج حالات قيـام مانـع مؤقت يحول دون مباشرتـه لاختصاصـه ، وحالة خلو المنصب أو العجز الدائـم عن العمل ، وحالة وقف الرئيـس عن العمل لاتهامـه بالخيانـة العظمـى ، كما تنظـم المـادة ٧٨ عملية تداول السلطـة بين رئيـس الجمهورية الجديد وسلفـه - أما عن السلطـة القضائيـة فإن نص المـادة ٧٢ يكفـل تنفيـذ أحكامها كما تكفـل المادتيـن ١٦٨ و ١٧٧ ضمانـة عدم القابليـة للعزل للقضـاه ، وكذلك المـادة ١٦٦ التـى تمنـع أى سلطة من التدخل فـى القضايـا أو فـى شئون العدالـة . فكل هذه النصـوص تعد فـى تقديرنـا تطبيقـات لمبـدأ ضرورة سيـر السلطات العامة بانتظـام واطراد .

(١٤) راجع فـى هذا الموضوع :

الدكتـور عبد الفتـاح سايـر دايـر : الحكومة الواقعيـة - مجلة القانـون والاقتصـاد - ٢٩ - العـدد الثالـث ١٩٥٩ - ص ٧٧٩ : ٨٥٦ .

Ph. I. ANDRE-VINCENT, Les révolutions et le droit, 1974.

WOLF, La validite des actes d'un gouvernement de fait, R.D.P. 1952, p. 39.

DUVERGER, Contrib. a l'étude de la légitimité des gouvernements de fait, R.D.P. 1945, P. 69.

أما فى اطار السلطة التشريعيـة ، وبالإضافـة إلى حالة النائب الفعلـى، وهى حالة فرديـة ، فإننـا نرى أنه من الممكن كذلك تحقق حالة البرلمـان الفعلـى ، أى تلك التـى تشمل جميع الأعضـاء أو النواب دون استثنـاء ، فـإذا ما تبيـن بطلان انتخاب جميع أعضاء مجلس الشعب - فـى مصر - كما تحقق فعلا لـدى المحكمة الدستوريـة العليـا فـى الدعوى محل دراستنـا هذه ، كان لها استنـادا إلى مبدأ ضـرورة سيـر السلطات العامة بانتظـام واطراد أن تقضـى بأن بطلان المجلس المذكور منذ انتخابـه لا يـؤدى إلى انهيـار دستـورى ولا يستتبـع اسقـاط ما أقره المجلس من قوانيـن وقرارات وما اتخذه من اجراءات خلال الفتـرة السابقـة على تاريـخ نشر الحكم فـى الجريدة الرسميـة (١٥) ، بل تظل تلك القوانيـن والقرارات والاجراءات قائمـة على أصلها من الصحـة ، ومن ثـم تبقـى صحيحة ونافـذة ، وذلك ما لم يتقـرر الغاؤها أو تعديلهـا من الجهة المختصـة دستوريـا ، أو يقضـى بعـدم دستوريـة نصوصهـا التشريعيـة بحكـم من المحكمة الدستوريـة العليـا أن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بنـى عليه هذا الحكم (١٦) .

---

(١٥) تمثل هذه النتائـج احدى طلبات المدعى فـى الدعوى الدستوريـة ، ويبـدو أنها كانت الهدف الرئيسـى من الدعـوى ، وتقـوم هذه الطلبات على أن الدستـور يجعل سيـادة القانـون هى أساس الحكم فـى الدولـة وينـص صراحة على خضوع الدولـة للقانـون ، ومن ثم لايصـح أن تكون كفالـة الاستقـرار القانونـى المزعـوم على أشلاء المشروعيـة ، لأن الاستقـرار إنما يتحقق باحتـرام سيـادة القانون لا بانتهاكهـا ، خاصة وأن بطلان التشكيـل لم يكن خافيـا أو مشكوكـا فيـه ، ولـو أخذ اليـوم بإستمـرار أعمال المجلس صحيحة بحجة الاستقـرار ، فمـا الذى يحول بيـن من انتهك المشروعيـة بالأمـس أن يعـود إلـى انتهاكها فـى الغد آملا فـى التغاضـى عن المخالفـة من أجل كفالـة الاستقـرار .

(١٦) نشيـر فـى هذا المجال إلـى أن محكمة جنايات الجيـزة كانت قد أصدرت فـى ١٩٩٠/٥/١٧ - قبل يومين من حكم المحكمة الدستوريـة العليـا - حكمها فـى قضيـة " آل الريـان " الشهيـرة برفـض الدفـوع المقدمة من الدفـاع بعـدم دستوريـة بعض القوانيـن الصـادرة عن مجلس الشعب الباطل تشكيلـه وفقـا لحكم المحكمة الدستوريـة العليـا فـى ١٩٨٧/٥/١٦ ، علاوة على أحكام القضاء الادارى بعـدم صحة عضويـة بعض أعضاء المجلس منذ اعلان انتخابهم. ورأت المحكمة عدم جدية الدفـع بعـدم الدستوريـة تأسيسـا على أن اللائحـة =

وعلى ذلك فإن تفسير هذا القضاء يكمن فى اعتبار مجلس الشعب خلال الفترة منذ انتخابه وحتى تاريخ نشر الحكم ببطلانه بمثابة البرلمان الفعلى ، نزولا على الاعتبارات العملية التى تدفع إلى حتمية تلافى احتمال الانهيار الدستورى والمحافظة على الاستقرار ومن ثم تستوجب عدم الحكم ببطلان القوانين والاجراءات والقرارات الصادرة عن هذا المجلس الباطل ، بإعتبارها صادرة عن أحد المراكز الفعلية الدستورية وهو البرلمان الفعلى .

ويتحقق قيام البرلمان الفعلى نتيجة تخلف الصفة الدستورية أو القانونية ، لعدم شرعية أو دستورية سند تولى السلطة التشريعية ، نتيجة بطلان قوانين الانتخاب التى تم انتخاب المجلس وفقا لأحكامها ، كما حدث فى الدعوى محل الدراسة ، أو نتيجة قيام المجلس استنادا إلى حل المجلس السابق عليه ، ثم يتبين بعد ذلك بطلان قرار حل المجلس القديم لعدم اتفاقه مع الدستور ، لانتفاء الضرورة التى اشترطتها المادة ١٣٦ من الدستور مثلا ، أو بطلان الاستفتاء على قرار الحل سواء من حيث اجراءاته أو نتائجه ، أو مخالفة الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٢٧ من الدستور والتى تؤدى إلى اعتبار المجلس منحلا وفقا لنتيجة الاستفتاء على موضوع النزاع بين المجلس والحكومة الذى ترتب عليه تقرير مسئولية رئيس مجلس الوزراء ، كما لو بادر رئيس الجمهورية إلى اجراء الاستفتاء دون اعادة الموضوع إلى المجلس من

= الداخلية للمجلس لا تخلع على قرارات ابطال العضوية لعدم صحتها أى أثر رجعى ، وأن الفقه والقضاء قد استقرا على الأخذ بنظرية الحالة الظاهرة ، حيث يمكن القول بأنه لو صحت أحكام محكمة القضاء الادارى فإن الصحة الظاهرة بعضوية مجلس الشعب قبل صدور تلك الأحكام كافية للقول بصحة أعمال المجلس والتشريعات التى صدرت عنه فى تلك الفترة ، وهكذا يبرأ القانون المطعون فى دستوريته من هذا العيب لصدوره قبل حكم جهة القضاء - راجع فى تفاصيل ذلك : الدكتورة عزيزة الشريف : القضاء الدستورى المصرى - ١٩٩٠ - ص ٧١ ومابعدها .

جديد ، أو بالرغم من عدم اقرار المجلس فى المرة الثانية لمسئولية رئيس الوزراء ، وغير ذلك من الاجراءات التى يؤدى عدم التزامها إلى بطلان حل المجلس القديم ومن ثم بطلان انتخاب المجلس الجديد .

كذلك الأمر فى حالة استمرار المجلس فى تولى السلطة بعد انتهاء مدته وفقا للمادة ٩٢ من الدستور ، نتيجة عدم اجراء الانتخابات الجديدة لأى سبب من الأسباب ، وامتناع رئيس الجمهورية عن اقتراح مد مدة المجلس إلى حين انتخاب المجلس الجديد وفقا للمادة الرابعة من قانون مجلس الشعب وبالتالى عدم صدور قانون بذلك ، فليس من المستساغ فى مثل هذه الظروف القول بعدم جواز استمرار المجلس فى تولى السلطة التشريعية ، على أن يتولاها - مثلا - رئيس الجمهورية استنادا إلى المادة ١٤٧ من الدستور التى تعالج حالة غياب البرلمان ، حيث لا مجال لتطبيق هذه المادة على مثل تلك الحالة ، إذ كان يتعين على رئيس الجمهورية ، دون أدنى سلطة تقديرية ، إعمال نص المادة الرابعة من قانون مجلس الشعب واقتراح مد مدة المجلس حتى يتسنى اصدار قانون بذلك خلال ولاية المجلس أى قبل انتهاء المدة ، وعليه فإن عدم اتباع هذه الاجراءات يؤدى فى تقديرنا إلى استمرار المجلس القديم فى تولى السلطة التشريعية ، ومعاملته بإعتباره برلمانا فعليا ، تلافيا للفراغ الدستورى وتركيز السلطة بالمخالفة لروح الدستور وأحكامه ، وذلك استنادا إلى مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد .

من ناحية أخرى يتعين للاعتراف بالبرلمان الفعلى وترتيب آثاره أن تتحقق فعلا الاعتبارات العملية الدافعة لتقرير استمرار نفاذ أعماله ، وهى اعتبارات الثقة المشروعة التى تفرضها حتمية التعامل مع السلطة التشريعية القائمة بإفتراض صحة قيامها وانتخابها إلى أن يقضى بخلاف ذلك ، علاوة على ضرورة توفير الاستقرار القانونى للتشريعات والقرارات والاجراءات الصادرة عن هذه

السلطة تجنبا لأى انهيار دستورى أو فراغ تشريعى ، خاصة إذا ترتب على هذه الأعمال قيام مراكز قانونية للأفراد .

ولايشترط بعد ذلك النظر إلى مدى الاضرار التى لحقت بالافراد ، وهل هم جديرون بالحماية أم لا ، فهذه النظرية فى اطار القانون الدستورى ليست مقررة لحماية الغير حسنى النية بحيث لايجوز الاستناد إليها إذا كان من شأنها الاضرار بهم ، فلا يجوز الموازنة بين المصلحة العامة ومصالح الأفراد ، وتسرى أعمال البرلمان الفعلى بغض النظر عن حسن نية المخاطبين بأحكامها أو سوء نيتهم ، حيث لايجوز تطبيق القوانين على الأشخاص حسنى النية وعدم تطبيقها على سيىء النية أو العكس بحسب مصالحهم ، لما فى ذلك من اخلال جسيم بمبدأ المساواة أمام القانون .

وعليه يجوز للسلطات العامة التمسك بأعمال البرلمان الفعلى ، وليس لهم إلا ذلك ، دون أى اشتراط للخطأ أو عدم الخطأ من جانبه ، أو للوقوع فى الغلط أو الخداع بالمظاهر الخارجية أو عدم وقوعه من جانب الأفراد والمتعاملين معه أو تحقق ظروف استثنائية معينة ، أو توافر طابع الضرورة الملحة لتصرفات وأعمال هذا البرلمان ، أو غير ذلك من الشروط التى قد يستلزمها الأخذ بنظرية المراكز الفعلية فى القوانين الأخرى ، إذ أن محل الاهتمام الأول والأخير هو تحقيق المصلحة العامة بضمان سير السلطات العامة بانتظام واطراد .

من ناحية أخرى لايترتب على نظرية البرلمان الفعلى تصحيح أعماله من كافة العيوب ، إذ لا تبرأ هذه الأعمال إلا من ناحية اختصاص هذا البرلمان بإصدار هذه الأعمال كما لو كان سلطة تشريعية صحيحة متفقة مع الدستور من حيث صحة توليها اختصاصاتها الدستورية ، ومن ثم لاتتطهر هذه الأعمال من أية عيوب أخرى سواء من حيث الشكل أوالاجراءات ، أو الاختصاص من حيث

الموضوع أو الزمان أو المكان ، أو عدم دستورية هذه الأعمال بالمطابقة الموضوعية لأحكام الدستور ،أو الانحراف بالسلطة ،فيحق للأفراد الطعن فى دستورية هذه الأعمال ، ويظل للقضاء الحق فى بسط رقابته عليها توصلا للحكم بعدم دستوريتها من قبل المحكمة الدستورية العليا ، كما يجوز بطبيعة الحال للمجلس الجديد الذى يحل محل هذا البرلمان الفعلى مراجعة أعماله والغاء ما يرى ضرورة الغائه أو تعديلها وفقا للاجراءات المنصوص عليها فى الدستور .

كذلك لايكون لأعضاء هذا البرلمان الفعلى التمسك بامتيازاتهم أو حصانتهم المقررة دستوريا إلا فى حدود النظريات القانونية التى تعالج ذلك مثل نظرية الاثراء بلا سبب وقواعد المسئولية المدنية والجنائية ، وبما لايمس مقتضيات مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام واطراد ، وأيضا بما لايزيد على هذه المقتضيات .

يبقى بعد ذلك أن نعود إلى حكم المحكمة الدستورية العليا عام ١٩٩٠ محل هذه الدراسة لنتبين مدى اتفاقه مع القواعد العامة المشار إليها بشأن البرلمان الفعلى ، بالنسبة لمجلس الشعب الذى قضى الحكم ببطلان تكوينه منذ يوم انتخابه ، وكان ذلك يوم ١٩٨٧/٤/٦ ومن ثم الوضع الدستورى لهذا المجلس فى تقدير المحكمة .

الوضع الدستورى لمجلس الشعب فى الفترة من ١٩٨٧/٤/٢٢ إلى ٣ يونيو ١٩٩٠ :

طبقا للمادة ٩٢ من الدستور فإن " مدة مجلس الشعب خمس سنوات ميلادية من تاريخ أول اجتماع له .." ، وكان أول اجتماع لمجلس الشعب المقضى ببطلان تكوينه فى ١٩٨٧/٤/٢٢ ، ومع نشر حكم المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٩٠/٦/٢ ، مما يفترض معه زوال المجلس من الوجود الدستورى اعتبارا من اليوم التالى لنشر

الحكم ، يثور التساؤل حول الوضع الدستورى للمجلس خلال هذه الفترة ، أى منذ اجتماعه الأول إلى اليوم التالى لنشر الحكم ببطلان تكوينه .

ومن الملاحظ أن المحكمة الدستورية العليا اضطرت إلى مواجهة هذه المشكلة نتيجة ما أثاره المدعى ، حسبما ورد فى حيثيات الحكم ، " من أن بطلان تكوين مجلس الشعب لقيامه على انتخابات مخالفة للدستور يترتب عليه عدم دستورية كل ما أقره المجلس من قوانين وقرارات مما يهدد البلاد بإنهيار دستورى كامل " ، ولما كانت المحكمة قد رأت أن " القضاء بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، يترتب عليه انعدام هذا النص ... وانعدام أثره " ، فقد شعرت المحكمة أن عليها " بحكم رسالتها التى حملت أمانتها بصفتها الهيئة القضائية العليا التى أنشأها الدستور حارسة لأحكامه ونصبها قوامة على صونه وحمايته ، وبإعتبارها الجهة التى ناط بها القانون دون غيرها سلطة الفصل القضائى فى كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها ، أن تقول كلمتها فى هذا الموضوع تجلية لوجه الحق فيه " .

وهنا يتعين ملاحظة أن " كلمة المحكمة فى هذا الموضوع " لايعنى أنها تبدى رأيها فيه تجلية لوجه الحق كما أشارت فحسب ، وإنما كانت المحكمة بمقتضى وظيفتها واختصاصها بالفصل فى منازعات تنفيذ أحكامها ، " تحكم " أو " تفصل بحكم قضائى " فى هذا الموضوع ، وهو حكم قضائى يشتمل على كافة خصائص الأحكام القضائية وليس مجرد أحد أسباب الحكم أو حيثياته .

وهكذا وبعد أن عرضت المحكمة لطبيعة آثار الأحكام القضائية الصادرة عنها ، انتهت إلى " الحكم " ببطلان تكوين المجلس لقيامه

على انتخابات "أجريت بناء على نص تشريعى ثبت عدم دستوريته بالحكم الذى انتهت إليه المحكمة ... إلا أن هذا البطلان لا يؤدى البتة إلى ما ذهب إليه المدعى من وقوع انهيار دستورى ، ولا يستتبع اسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذه من اجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية ... " .

ومن الجدير بالتنبيه فى هذا الصدد ، أن الحكم محل دراستنا هذه لم يكن الحكم الأول للمحكمة الدستورية العليا الذى تقضى فيه بعدم دستورية النص التشريعى الذى أجريت بناء عليه انتخابات مجلس الشعب ، إذ سبق لها أن أصدرت فى ١٩٨٧/٥/١٦ حكمها بعدم دستورية المواد الخامسة مكررا والسادسة فقرة (١) والسابعة عشرة فقرة (١) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ ، غير أن المحكمة لم تتعرض فى هذا الحكم لمشكلة ما يترتب عليه من آثار بصدد مجلس الشعب أو أعماله ، نتيجة تدخل رئيس الجمهورية واستعمال سلطته المقررة بنص المادة ١٣٦ من الدستور ، وحل مجلس الشعب المشكوك فى دستورية تكوينه ، ومن ثم قيام مجلس جديد وفقا لنصوص تشريعية مستحدثة تضمنها القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٨٦ فى شأن مجلس الشعب ، والذى تم استبدال نصوص جديدة فيه بتلك المطعون فى دستوريتها أمام المحكمة ، وذلك كله قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه ، حيث لم تر المحكمة فى هذا التدخل مانعا من الاستمرار فى نظر دستورية النصوص المطعون فيها بعدم الدستورية والحكم بذلك فعلا .

وقد رأى بعض الفقهاء فى ذلك الوقت أنه بمقتضى هذا الحكم فإن المجلس المنحل لم يستقم تكوينه مع أحكام الدستور " ويثور معه التساؤل حول دستورية القوانين التى أصدرها هذا المجلس فى

الفتـرة منذ تكوينـه ولحين حله . وواقـع الأمـر أن ... اهدار هذه القوانيـن هو أمر مستحيـل على صعيد الواقـع والقانـون ، لأن من شأن ذلك التصـور أن يؤدى إلى زعزعة المراكز القانونيـة والعلاقـات المتشابكـة التـى ترتبـت على العمل بهذه القوانيـن ، ومن ثـم فإنـه يكون من الأصوب عدم التعويـل على القواعد النظريـة المجردة ، وتقديـم اعتبـارات المصلحة العامـة والمتمثلـة فـى دواعى المحافظـة على الوضـع الظاهر ، واستقـرار المراكز والمعاملات القانونيـة على غيرها من الاعتبـارات ، ومقتضـى ذلك التسليـم بدستوريـة هذه القوانيـن " (١٧) .

ومع اختلاف الظروف عام ١٩٩٠ عن نظيرتهـا عام ١٩٨٧ ، رأت المحكمة - حسبمـا نـراه - أن عدم تصديهـا للفصـل فـى هذه المسألـة قد يؤدى إلى اتجـاه المحاكم الأخـرى إلى الأخـذ بقاعـدة أن ما بنـى على باطل فهـو باطل ، ومن ثـم يغدو مجلس الشعب باطل من حيث تكوينـه وقوانينـه وقراراتـه باطلـة ، وبمـا أن انتخاب رئيس الجمهورية قد تـم بنـاء على ترشيـح هذا المجلس الباطـل ، فإن ترشيحـه وانتخابـه كذلك يكون باطل وبالتالـى تكون قراراتـه باطلـه ومنها قرارات تشكيـل الوزارة والحكومـة فتكـون بدورها باطلـة وقراراتهـا باطلـة ، وهذا معنـاه ببساطـة شديـدة انهيـار تـام للدولـة من الناحيـة القانونيـة ، فلا يكـون هناك من مفـر أمام أية سلطة قائمـة من الناحيـة الواقعيـة سوى الغاء الدستـور أو على الأقـل تعطيلـه وحل المجالس والهيئـات والسلطات القائمـة واهدار أحكام القضـاء بمختلف أنواعه ووقف الحقوق والحريات العامـة ، والدخول فـى أجواء الديكتاتوريـة البغيضـة بحجة الضـرورة ومنـع انهيـار الدولـة . ومن هنا كشفت المحكمة الدستوريـة عن مدى استشعارهـا بفداحـة المسئوليـة ، وضـرورة مراعاة المصلحة العامـة ، وحتميـة مواجهة الانهيـار الدستـورى المحتمل والاضطراب فـى المراكز القانونيـة الذى يترتـب على بطلان تلك التشريعـات والقرارات ، ومنـع تـردى استقـرار الأوضـاع

(١٧) الدكتـور عادل عمر شريف : المرجع السابـق - ص ٢٩٦ .

القانونيـة فـى البـلاد ، ومواجهة القصـور التشريعـى إزاء عدم توقـع المشرع الدسـتورى احتمال اتسـاع دائـرة البطـلان لتمتـد إلى السلطـة التشريعيـة ذاتهـا سواء فـى مولدها أو فـى صحة تشكيلهـا بالكامـل أو لأعمالهـا جملة واحدة ، فكـان حكمها بنفـاذ قوانيـن وقرارات واجراءات مجلس الشعب رغم بطلان تشكيلـه منذ انتخابـه .

وقد يرى البعـض ، وهو ما تحقق فعلا علـى صفحات الصحف ، أن كل ما يترتـب على الحكم بعـدم دستوريـة النصوص التـى تـم انتخاب مجلس الشعب وفقـا لها ، هو الامتنـاع عن تطبيـق مواد القانـون التـى قضـى بعـدم دستوريتهـا فـى أى انتخابـات مقبلـة حتـى ولـو كانت انتخابـات تكميليـة ، بحيث لاينصـرف أثـر الحكم إلى الأعضـاء الحاليـين على أساس أن الانتخابـات التـى تـم على أساسهـا تشكيـل مجلس الشعب هى انتخابـات صحيحة تمت وفقـا لقانـون قائـم اصدرتـه السلطـة التشريعيـة ، ومن ثـم يبقـى المجلس قائمـا على صحتـه ، كمـا تظل أعماله صحيحة .

بيـد أن هذا الاتجـاه يعيبـه أولا أنـه لايتفـق مع آثـار الأحكـام الصـادرة عن المحكمة الدستوريـة العليـا على نحو ما سنبينـه فـى الفصـل القـادم ، كمـا يعيبـه ثانيـا أنه يـؤدى إلى نتيجـة غريبـة لاتستقيـم مع الأصـول الدستوريـة ، إذ سيكون مجلس الشعب وفقـا لهذا الاتجـاه مشكلا علـى أساس نظامين قانونييـن مختلفيـن ،أحدهما هو الذى حكم بعـدم دستوريتـه ، والثانـى هو الذى يجرى على أساسـه انتخاب الأعضـاء الجدد فـى الدوائـر التـى ستخلـو بعد الحكم بعـدم الدستوريـة ، وهو أمر لايتفـق كما هو واضح مع أى اعتبـارات سياسيـة أو قانونيـة .

فالصحيـح أن عضوية مجلس الشعب لاتستنـد ولاتقـوم ولاتستمـر إلا علـى أساس قانون الانتخـاب ، فإن زال هذا الأسـاس بالحكـم بعـدم

دستوريتــه زالت عضوية مجلس الشعب من كافـة أعضائـه ، وسقـط بالتالــى حقهم فـى تولـى السلطـة التشريعيــة ، ومن ثم يتحقـق الفـراغ الدستــورى ، إزاء زوال صفـة ذلك المجلس الذى تولـى تلك السلطـة ، فلا يكـون من سبيـل سوى التعامـل معه بوصفـه سلطة فعليـة وليست دستوريــة ، وبالتالــى تتحقـق آثـار المراكـز الفعليــة على أعمال هذه السلطـة بإعتبارهــا برلمانــا فعليــا .

وهكذا يكمن الأســاس فـى قضـاء المحكمة الدستوريــة العليــا بأن " تظل تلك القوانيـن والقرارات والاجراءات قائمـة على أصلها من الصحـة " ولا يعنـى ذلك أبدا تصحيـح هذه القوانيـن إذ معنـى كلمـة أصلها من الصحة أن تظل على أصلها أما صحيحة أو مشوبـة بعيـب عدم الدستوريــة ، وهو ما أكدتـه المحكمة بعـد ذلك بقولهـا " ومن ثـم تبقــى صحيحة ونافـذة ، وذلك ما لـم يتقـرر الغاؤها أو تعديلهــا من الجهة المختصــة دستوريــا أو يقضـى بعـدم دستوريــة نصوصهــا التشريعيــة بحكم من المحكمة الدستوريــة العليــا أن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بنــى عليـه هذا الحكم " - يكمـن أساس ذلك فـى فكـرة البرلمــان الفعلـى بوصفــه أحد المراكـز الفعليــة فـى اطار القانـون الدستــورى والتــى تستنــد فـى ترتيـب آثارها إلى مبدأ ضـرورة سيـر السلطات العامـة بانتظــام واطراد ، وهو من المبـادئ القانونيــة العامـة التــى تكشف المحاكم القضائيــة عن وجودها وتلتــزم بتطبيقهــا فـى أحكامها .

الفصل الثانى
آثار الأحكام فى المسائل الدستورية

يختلف مدلول القضاء الدستورى بالمعنى العضوى عنه بالمعنى الموضوعى ، فهو بالمعنى الأول ينصرف إلى الجهة المختصة بحسب الأصل بالرقابة على الدستورية ، أى المحكمة الدستورية العليا فى مصر حاليا ، ولكنه بالمعنى الثانى وهو أوسع نطاقا ، يفيد الأحكام الصادرة بصدد المسائل الدستورية بغض النظر عن الجهة التى صدرت عنها هذه الأحكام ، ولذلك قد يوجد فى بلد ما قضاء دستورى من الناحية الموضوعية دون الناحية العضوية ، مثلما كان عليه الحال فى مصر قبل عام ١٩٦٩ وانشاء المحكمة العليا فيها ، ولكن العكس غير صحيح ، فليس من المتصور أن يوجد قضاء دستورى من الناحية العضوية دون الموضوعية .

وبداهة لم يبدأ القضاء الدستورى من الناحية الموضوعية فى مصر إلا مع صدور دستور ١٩٢٣ ، بإعتباره القانون الأسمى فى البلاد والملزم لكافة السلطات العامة فيها ، غير أنه من الملاحظ أن هذا الدستور ، وكافة الدساتير اللاحقة عدا دستور ١٩٧١ الحالى ، لم تتضمن أية أحكام تخص الرقابة القضائية على الدستورية ، سواء من حيث تقريرها أو من حيث تنظيمها ، مما أدى إلى نشوب الخلاف فقها وقضاء حول وجود هذه الرقابة أو عدم الاعتراف بها . ولم يستقر الأمر إلا بعد صدور حكم محكمة القضاء الادارى الشهير فى ١٩٤٨/٢/١٠ الذى أقر بوجود الرقابة على دستورية القوانين ومشايعة القضاء العادى لهذا القضاء وتأييد الفقه بصفة عامة له على نحو ما بيناه سلفا .

وفى ذلك الوقت لم ير المشرع ما يستلزم تدخله لتقنين أو تنظيم هذه الرقابة ، تسليما منه بقيامها على الأسس والمبادئ التى

قررها القضاء ، بإعتبارها تدخل بصورة طبيعية ضمن وظيفة القاضى فى تطبيق القواعد القانونية المختلفة ، وازالة التعارض الذى قد يتحقق بينها ، وفقا لمبدأ سمو الدستور . غير أنه فى عام ١٩٦٩ رأى أن الوقت قد حان لاعادة تنظيم هذه الرقابة - وليس اقرارها أو تقنينها فحسب - والأخذ بأسلوب الرقابة المركزية ، حتى لايترك أمر البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة ، حسب ما جاء بالمذكرة الايضاحية لقانون انشاء المحكمة العليا ، للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائى ، وحتى لا تتباين وجوه الرأى فيها . (١)

وقد قدر المشرع الدستورى بعد ذلك ضرورة اضفاء الضمانات الدستورية لهذا القضاء ، فنص صراحة فى المادة ١٧٥ من الدستور الحالى على قيام المحكمة الدستورية العليا كهيئة قضائية مستقلة وقائمة بذاتها ، وتختص وحدها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح . ونزولا على ذلك أصدر المشرع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ فى ١٩٧٩/٨/٢٩ فى شأن المحكمة الدستورية العليا ، حيث عهد إليها دون غيرها بمهمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، تأكيدا للاتجاه نحو مركزية الرقابة القضائية على الدستورية .

بيد أنه بملاحظة أن تحريك الرقابة على دستورية القوانين أمام المحكمة الدستورية العليا ، يتم أساسا عن طريق الدفع الفرعى أثناء نظر احدى الدعاوى الأصلية أمام محكمة الموضوع المختصة ،

(١) المذكرة الايضاحية للقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بتاريخ ١٩٦٩/٨/٣١ بإنشاء المحكمة العليا - وراجع فى ذلك من الناحية التاريخية حكم المحكمة العليا فى ١٩٧١/٧/٣ الدعوى رقم ٤ لسنة ١ ق - المجموعة الجزء الأول - ص ١٥ ، حيث أشارت فيه إلى أن المشرع قد حسم بذلك الخلاف المترتب على تعدد جهات القضاء التى كانت تنظر على الشيوع بينها موضوع دستورية القوانين ، وكفل وحدة النظام القانونى واستقراره ، وسد ثغرة عميقة فى نظامنا القضائى والقانونى .

وبحيث يكون لهذه المحكمة سلطة فحص مدى جدية هذا الدفع ، قرر الفقه أن قصر الاختصاص برقابة دستورية القوانين على المحكمة العليا لا يعنى أن جهات القضاء الأخرى قد فقدت كل سلطة لها فى هذا المجال ، مما يخل بمبدأ مركزية الرقابة الذى هدفقانون المحكمة العليا إلى الأخذ به (٢) . وقد أكد المشرع فى قانون المحكمة الدستورية العليا هذا الاتجاه بتقرير سلطة الاحالة إليها لكافة المحاكم دون دفع .

وعلى هذا الأساس يتعين علينا أن نشير أولا إلى أحكام القضاء غير الدستورى من الناحية العضوية ، فى المسائل الدستورية ، قبل دراسة آثار الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا فى هذه المسائل .

(٢) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : المرجع السابق - ١٩٨٣ - ص ٥١٤ .

المبحث الأول
أحكام القضاء غير المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية

أشرنا فيما سبق إلى أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين كانت تتم فى مصر قبل انشاء المحكمة العليا فيها ، عن طريق الدفع الفرعى خلال نظر احدى الدعاوى أمام أية محكمة ، بعدم دستورية النصوص المراد تطبيقها على المنازعة المطروحة عليها ، بحيث يكون لهذه المحكمة إذا تبين لها عدم دستوريتها ، الامتناع عن تطبيقها فى هذه الدعوى .

وبعد انشاء المحكمة العليا عام ١٩٦٩ رأى المشرع أن يتم تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين أمامها من خلال نفس الأسلوب ، أى عن طريق الدفع الفرعى ، ولكن على أن توقف المحكمة التى يثار أمامها هذا الدفع ، بعد التأكد من جديته ، نظر الدعوى مع تكليف الخصوم برفع الأمر إلى المحكمة العليا خلال موعد محدد ، بدلا من الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستورى .

ثم أضاف المشرع بعد ذلك فى قانون المحكمة الدستورية العليا الحالى عام ١٩٧٩ ، طريقا ثانيا للمحاكم المختلفة ، متمثلا فى سلطتها فى الاحالة مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا ، إذا تراءى لها أثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع المطروح عليها .

وبالاضافة إلى هذه الاختصاصات التى خولها المشرع للمحاكم المختلفة ، فى صدد بحث دستورية القوانين واللوائح ، تثير بعض الأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية على وجه الخصوص التساؤل حول مدى سلطة المحاكم فى التصدى لفحص دستورية

النصوص التشريعية الصادرة والنافذة فى تاريخ سابق لصدور ونفاذ الدستور الحالى ، وذلك بمطابقة هذه النصوص مع أحكام ذلك الدستور ، ومن ثم الامتناع عن تطبيقها إذا كان بينهما تعارض ، تأسيسا على أن من شأن نفاذ الدستور " نسخ " ما يتعارض معه من نصوص تشريعية .

وأخيرا نتساءل : هل رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين واللوائح تشمل الجوانب الشكلية والاجرائية فى اصدارها ، بحيث لايجوز للمحاكم المختلفة التصدى للفصل فى مسألة التحقق من " وجود " التشريع ، أم أنها تختص بذلك دون حاجة إلى تحويل الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا .

المطلب الأول
سلطة فحص جدية الدفع بعدم الدستورية

تنص الفقرة (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الحالى ، على أن " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ... إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى ، أجلت الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لايجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإن لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن " .

ويعد هذا الطريق أكثر سبل تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين تطبيقا فى العمل ، وفيه يقوم أحد الخصوم فى الدعوى ، مدعيا كان أو مدعى عليه ، بدفع الدعوى بعدم دستورية أحد النصوص التشريعية أو اللائحية المطروح تطبيقه فى المنازعة ،

فترى المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى التى تنظر فى موضوع هذه الدعوى ، أن الدفع جدى ، وأنه لا يتيسر الحكم فى الدعوى موضوعا إلا إذا قضى أولا فى مسألة دستورية أو عدم دستورية هذا النص ، ومن ثم تعد مسألة مبدئية يتعين الفصل فيها من قبل المحكمة المختصة بذلك ، فتؤجل نظر الدعوى وتكلف من أثار الدفع أن يرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا خلال أجل لايتجاوز ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ صدور الحكم . وطبقا للمادة ٣٠ من قانون هذه المحكمة ، يتعين أن تتضمن صحيفة الدعوى المرفوعة أمامها " بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة " .

وأبرز ما يعنينا فى هذا الطريق أن نحدد مدى ولاية المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائى فى الفصل فى الدفع بعدم الدستورية أمامها ، حيث أن مؤدى النصوص سالفة الذكر أن مجرد الدفع لايترتب عليه حتما رفع الدعوى الدستورية ، إذ يتعين على محكمة الموضوع أن تباشر أولا اختصاصها بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية ، فإذا ما تبين لها خلاف ذلك فإن عليها أن ترفض الدفع وتفصل فى الموضوع . وعليه يتعين علينا أن نحدد تفصيلا مدلول "جدية الدفع " بعدم الدستورية ، وفى هذا الصدد يمكن ملاحظة اتجاهين ، أولهما يضيق من هذا المدلول فى حين أن الثانى يوسع منه.

المدلول الضيق لسلطة فحص جدية الدفع : يذهب اتجاه فقهى إلى أن لقاضى الموضوع تقرير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية ، ولكن دون أن يدلف إلى نطاق بحث المسألة الدستورية إلى حد النظر أو الفصل فيها ، وهو أمر جد عسير لاتصال بل وتداخل الحدود فيما بين تقدير كل من الجدية والدستورية من عدمهما ، كذلك ليس لقاضى الموضوع استخدام صلاحيته - التى منحها اياه قانون

المحكمة الدستورية العليا - لاحالة المسألة الدستورية أمام هذه المحكمة إذا كان ذلك بناء على طلب الخصوم الذين قاموا بالدفع أمامه بعدم الدستورية ، فالاحالة التلقائية إنما تكون بناء على ما ارتآه قاضى الموضوع نفسه ودون أن ينبهه الخصوم إلى ذلك ، وأما عندما ينبهونه لعدم الدستورية فإنه ليس أمامه سوى أن يمنحهم مهلة زمنية للجوء بأنفسهم إلى المحكمة الدستورية العليا (٣) .

ومفاد هذا الاتجاه التفرقة بين حالتى الدفع بعدم الدستورية من جانب أحد الخصوم فى الدعوى ، والاحالة المباشرة من محكمة الموضوع ازاء ما تراه من عدم دستورية النص المراد تطبيقه فى المنازعة ، بحيث لايكون للقاضى فى الحالة الأولى التعرض للمسألة الدستورية فيقتصر عمله على التثبت من أن هذه المسألة منتجة فى الدعوى ، أى أن من شأن الحكم بدستورية أو عدم دستورية النص التأثير على حكم المحكمة فى موضوع الدعوى ، ومن ثم ليس للقاضى أن يفحص جدية الدفع من حيث دستورية القانون أو عدم دستوريته ولو بحسب الظاهر ، وإنما المعيار هو مدى تأثر الحكم فى الموضوع بدستورية أو عدم دستورية النص المراد تطبيقه فى الدعوى ، فإذا كان من شأنه التأثير تحتم على القاضى تأجيل نظر الدعوى واتاحة الفرصة لمن أثار الدفع للالتجاء إلى المحكمة الدستورية العليا ، فى حين أنه فى الحالة الثانية ، يحق للقاضى إذا تراءى له عدم دستورية النص ، وهو ما يعنى أن للقاضى أن يتأكد من أن هناك وجه معقول لعدم الدستورية ، احالة الأمر مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا .

(٣) الأستاذ الدكتور مصطفى عفيفى : رقابة الدستورية سالف الاشارة - ص ٢٨٦ .
الدكتور جمال العطيفى : ملاحظات حول المحكمة العليا - مجلة المحاماة السنة ٥٠ عدد ١ - يناير ١٩٧٠ - ص ١٩ .
الدكتور على السيد الباز : المرجع السابق - ص ٥٥٦ .

وقد يكون من شأن هذا الاتجاه تلافى النقد الموجه إلى سلطة القاضى بشأن فحص جدية الدفع ، بأن من شأن هذه السلطة تضييق طريق الرقابة على دستورية القوانين ، ومجافاة المبادئ المستقرة فى نظام هذه الرقابة لما فيها من اخلال بمبدأ مركزية الرقابة (٤) . إذ أن تخويل المحاكم والجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى سلطة تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية ، وهو ما يستتبع الحق فى رفض الدفع والمضى فى نظر موضوع الدعوى دون التفات لمسألة الدستورية بدعوى عدم الجدية ، يعنى فى الواقع العملى سلطة البحث فى مدى مطابقة النص محل الدفع لنصوص الدستور ، وفى هذا بحث للدستورية ينتقص دون شك من قاعدة انفراد المحكمة الدستورية العليا بالاختصاص بالفصل فى دستورية القوانين واللوائح . إلا أنه يعيب هذا الاتجاه أن الأخذ به قد يؤدى إلى تزايد حجم الدعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا واستغلال هذا الطريق فى سبيل اعاقة وتعطيل الفصل فى الدعاوى الموضوعية بغرض التسويف واضاعة الوقت ، فما على الخصم الذى يرغب فى تعطيل نظر دعواه ، إلا أن يدعى أن القانون المراد تطبيقه عليه مخالف للدستور فتضطر المحكمة إلى تأجيل نظر الدعوى حتى تفصل المحكمة الدستورية العليا فى الدفع بعدم الدستورية ، حتى ولو كان هذا الدفع ظاهر الفساد والكيد .

المدلول الواسع لسلطة فحص جدية الدفع : يتجه الرأى الغالب فقها إلى أن المقصود بجدية الدفع أن ينصرف بحث قاضى الموضوع إلى التحقق من أمرين : الأول أن يكون الفصل فى المسألة الدستورية منتجا فى الفصل فى الدعوى الموضوعية ، فيجب أن يتصل الدفع بعدم الدستورية بموضوع النزاع ، بمعنى أن تكون المسألة الدستورية متعلقة بنص فى قانون أو لائحة يمكن تطبيقه على الدعوى الأصلية فى أى وجه من الوجوه ، وأن يترتب على الحكم

(٤) الأستاذ الدكتور ثروت بدوى : المرجع السابق ص١٠٧ و ١٠٨ .

بعدم الدستورية افادة صاحب الشأن فى الدعوى المنظورة . أما الأمر الثانى فيتمثل فى كون مسألة مطابقة القانون أو اللائحة للدستور يحتمل اختلافا فى وجهات النظر ، فيتعين أن تكون هناك شبهة خروج على أحكام الدستور تعلق بالقانون أو اللائحة ، أى أن تقوم شبهه عدم الدستورية على أساس ظاهر ، وبالتالى يلزم توافر الشك حول مسألة الدستورية ، دون أن يعنى ذلك أن قاضى الموضوع يتحقق من عدم الدستورية ، وإنما يعنى فقط أن هذا الشك يفسر فى جانب عدم الدستورية . (٥)

وبالرغم مما نراه عيبا فى هذا الاتجاه من أنه يؤدى إلى تقليل الضمانات المقررة للافراد ، فى حالة رفض محكمة الموضوع الدفع بعدم الدستورية بدعوى عدم جديته مما يعدم معه طريق الأفراد فى تحريك الرقابة القضائية على الدستورية أمام المحكمة المتخصصة فى هذه المسألة ، إلا أنه يطغى على هذا العيب ما يحققه هذا الاتجاه من مزايا عملية ملموسة من جراء استبعاد الدفوع التى تهدف إلى التسويف واضاعة الوقت واهدار العدالة .

من ناحية أخرى تبنىء ملاحظة أحكام جهات القضاء المختلفة بوضوح بالغ عن اعتناقها للمدلول الواسع فى تحديد سلطة القاضى فى تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية ، ونضرب مثالا لذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٩٨٧/٣/٣١ ، حيث ذهبت المحكمة فى خصوص تقدير مدى جدية الدفع المبدى من المدعى بعدم دستورية القانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنه من تحديد عدد

(٥) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستورى سالف الاشارة - ص ٥٨٠ .

المستشار محمد السيد زهران : الرقابة على دستورية القوانين فى ايطاليا - مجلة ادارة قضايا الحكومة - السنة ١٤ عدد ١ - يناير / مارس ١٩٧٠ - ص ١٣٤ .

الدكتور عادل عمر شريف : قضاء الدستورية سالف الاشارة - ١٩٨٨ - ص ٣٩٥ .

الدوائر الانتخابيــة على مستوى الجمهورية بثمان وأربعين دائرة انتخابيــة بأنــه " ولئن كانت المادة ٨٧ من الدستــور قد أناطت بالقانــون تحديد الدوائر الانتخابيــة على مستوى الدولة ، وعدد أعضاء مجلس الشعب المنتخبيــن ، ولم يضع حكم هذه المادة من الدستــور قيدا على المشرع فى تحديد تلك الدوائر ، واستنــادا لهذا مارس المشرع سلطتــه التقديريـة فى تحديد عدد الدوائر الإنتخابيــة ، إلا أن ذلك لا يعنى فى حد ذاتـه أن يكون هذا التشريــع موافقــا لأحكام الدستــور ، بل يجب ليكون كذلك ألا ينطوى على اخلال بالمبــادئ الأساسيــة التى يقوم عليها الدستــور أو على اهدار للحقوق والحريات التى كفلهـا الدستــور للمواطن .

ولا مراء فى أن القانون ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنه ... ينطوى بالتالــى على مخالفة لمبادئ الدستــور العليــا التى تهيمن على نصوصه وتكفلـه للمواطنيـن جميعا دون تفرقـة بينهـم .... فمن ثم يكون القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ قد صدر بحسب الظاهر من الأوراق باطلا غيـر مشروع فى موضوعه لما انطوى عليـه من مخالفة لأحكام الدستــور وانحراف فى استعمــال السلطة التشريعيــة بما يبصمــه بعدم الدستوريــة " (٦) .

وبعض النظر عن محاولة المحكمة اثبات أن حكمها فى الدفع بعدم الدستوريــة يتأسس على الظاهر من الأوراق ، فإنــه من الجلى تماما أن المحكمة قد فحصت بتعمق كاف مسألة الدستوريــة فى مختلف جوانبها ، للتحقق من اتفاق أو عدم اتفاق القانون محل الدفع مع أحكام الدستــور ومبادئــه العليــا التى تهيمن على نصوصــه ، لتصل فى النهايـة إلى عقيدة أن هذا القانون قد انطوى على مخالفة لأحكام

(٦) حكمها فى القضيــة ٢٥١٦ لسنــة ٤١ ق - لم ينشر بعد - راجع كذلك حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٩٧٤/٣/٢٣ قضيــة ٣٩ لسنــة ١٩ ق ، المجموعة السنــة ١٩ ص ٢٢٥ .

الدستـور وانحراف فى استعمـال السلطة التشريعيـة " بما يبصمـه بعـدم الدستوريـة " .

ولذلك فإننـا - تأييـدا للمدلول الواسع فى تقديـر جدية الدفـع بعـدم الدستوريـة - نرى أن لمحكمة الموضوع أن تفحص مسألـة الدستـور بالتعمـق اللازم فى تقديرها لتكويـن عقيدتها فى شأن جدية هذا الدفـع ، بل وصحتـه حيث لانرى فروقـا جوهرية واضحة أو دقيقـة بيـن " صحة " الدفـع بعـدم الدستورية و " جديتـه " .

المطلب الثانـى
سلطة الاحالة المباشـرة لمسألـة الدستوريـة إلى المحكمة الدستوريـة العليـا

استحدث المشرع فى قانون المحكمة الدستوريـة العليـا الحالـى الصـادر عام ١٩٧٩ طريقا جديدا لتحريك الرقابـة على دستوريـة القوانيـن واللوائـح أمام هذه المحكمة ، خلاف طريق الدفـع الفرعـى الذى كان مقررا من قبـل لتحريـك الرقابـة أمام المحكمة العليـا منذ عام ١٩٦٩ ، حيث نص فى المـادة ٢٩ من هذا القانـون على أن " تتولـى المحكمة الرقابـة القضائيـة على دستوريـة القوانيـن واللوائـح على الوجه التالـى : (أ) إذا تراءى لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصـاص القضائـى أثنـاء نظر احدى الدعاوى عدم دستوريـة نص فـى قانـون أو لائحـة لازم للفصـل فـى النـزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغيـر رسـوم إلى المحكمة الدستوريـة العليـا للفصـل فـى المسألـة الدستوريـة ..." .

وتعليلا لذلـك تقول المذكرة الايضاحيـة للقانـون أنه " توسعـة لنطاق الرقابـة على دستوريـة القوانيـن واللوائـح ، نص القانـون على ثلاثـة طرق لتحقيـق هذه الغايـة ، أولها التجـاء جهة القضـاء من تلقـاء

نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل فى دستورية نص لازم للفصل فى دعوى منظورة أمام هذه الجهة ، وذلك تثبيتا لالتزام الأحكام القضائية بالقواعد الدستورية الصحيحة ... " .

ومقتضى هذا النص كما هو واضح أن لكافة المحاكم والجهات ذات الاختصاص القضائى أن تثير مسألة الدستورية من تلقاء نفسها ، وفى أية حالة تكون عليها الدعوى ، وذلك إذا رأت أن نصا تشريعيا لازم للفصل فى المنازعة المطروحة عليها قد يكون مشوبا بعيب عدم الدستورية ، فهنا يتعين على المحكمة - فى تقديرنا - فحص مسألة الدستورية بأقصى درجات التعمق للتوصل إلى دستورية النص أو عدم دستوريته ، فإذا تبين لها دستوريته مضت فى طريقها بفحص موضوع الدعوى وتطبيق النص عليها ، أما إذا تبين لها عدم دستوريته ، فهنا توقف المحكمة - أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى - نظر الدعوى المعروضة عليها وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى هذه المسألة .

ولذلك فإننا لانتفق مع الشائع فقها من الاكتفاء بمجرد الشبهة حول دستورية النص المراد تطبيقه فى الدعوى ، لكى يستخدم القاضى الرخصة المخولة له قانونا فى احالة الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا (٧) ، إذ يتعين على القاضى أن يفحص بدقة وعمق ، كما لو كان قاضيا لهذا الموضوع ، مدى دستورية هذا النص ، للتوصل إلى احالة الأمر للمحكمة الدستورية العليا ، فقط إذا تبين له - كما ورد فى المادة ٢٩ سالفة الاشارة - عدم دستورية النص .

(٧) الأستاذ الدكتور مصطفى عفيفى : المرجع السابق - ص ٢٨٥ .
الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق - ص ٤٠٧ .
وخلافا لذلك يشترط جانب من الفقه ضرورة أن ترجح المحكمة الموضوعية أن الأمر سيقضى فيه بعدم الدستورية - راجع المستشار محمد نصر الدين كامل : اختصاص المحكمة الدستورية العليا - ١٩٨٩ - ص ٢٧.

يؤكد ذلك أن المادة ٣٠ من قانون المحكمة توجب أن " يتضمن القرار الصادر بالاحالة إلى المحكمة الدستورية العليا وفقا لحكم المادة السابقة - أى المادة ٢٩ - بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة " ، مما يشير بوضوح إلى ضرورة تأسيس محكمة الموضوع قضائها بالاحالة المباشرة على وجود مخالفة دستورية وليس على مجرد الشبهة .

ويشير بعض الفقهاء إلى الاعتبارات العملية التى دفعت المشرع إلى تنظيم هذا الطريق فى تحريك الرقابة على الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ، فيرى أن الاعتبار الذى غلب عليه هو " تسويد أحكام الدستور إذ اراد أن يطهر النصوص التشريعية من العوار الدستورى الذى يكون عالقا بها ، فقد لا يتبين الخصم هذا العوار أو يتبينه ولكنه يتجاهل اثارته أمام المحكمة لتعجله الفصل فى دعواه . ولما كان قاضى الموضوع مطالب بتغليب أحكام الدستور واعلائها على أحكام التشريعات الأدنى مرتبه ، فإن ذلك يقتضى منحه الحق فى احالة النصوص التشريعية التى يتراءى له عدم دستوريتها إلى المحكمة الدستورية العليا ، ذلك أنه إذا لم يخول هذا الحق لوجد نفسه ملتزما أو مطالبا بتطبيق نص فى موضوع النزاع بالرغم من اعتقاده بعدم دستورية هذا النص ، وهو ما يستنكفه المنطق السليم " (٨) .

ويؤكد هذا الفقه على حتمية تنظيم هذا الطريق على أساس أن رقابة الامتناع لم يعد لها محل فى ظل مركزية الرقابة القضائية على دستورية التشريعات التى قننها الدستور ذاته فى المادة ١٧٥ منه ، ومن هنا كان تقرير حق الاحالة لأن مهمة القاضى هى تطبيق القانون بتغليب القاعدة الأعلى على القاعدة الأدنى ، فإذا قدر قاضى

(٨) الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق ص٤٠٨ .

الموضوع وجود تعارض بين نص تشريعى ، ونص فى الدستور فلا يمكن أن تغل يده عن تطبيق القاعدة الأعلى ، غاية الأمر أن تقرير قيام هذا التعارض أو انتفائه أصبح من اختصاص المحكمة الدستورية العليا فى اطار رقابتها المركزية على الدستورية .

غير أنه استنادا إلى ذات الحجة سالفة الذكر حول مهمة القاضى ، رتبت محكمة النقض نتيجة تختلف جذريا عما أشار إليه هذا الفقه بصدد الرقابة المركزية على الدستورية ، وذلك بالنسبة للتشريعات السابق صدورها على صدور الدستور ، حيث أجازت للمحاكم المختلفة الامتناع عن تطبيقها على أساس أنها منسوخة ضمنا بأحكام الدستور الجديد ، وذلك على نحو ما نبينه فى المطلب التالى .

المطلب الثالث
سلطة القضاء فى نسخ الأحكام المخالفة للدستور

استقر القضاء الدستورى ممثلا فى المحكمة الدستورية العليا على أنها - أى المحكمة - هى " المختصة وحدها بنظر الدعاوى الدستورية اعمالا للمادة ١٧٥ من الدستور والمادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ اللتين عقدتا لها دون غيرها ولاية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح بما يؤكد أنها المختصة وحدها بنظر أى طعون بمخالفة القوانين أو اللوائح للدستور" (٩) .

وتسرى هذه القاعدة على كافة القوانين واللوائح ، سواء ما صدر منها بعد صدور الدستور الحالى ، أم ما صدر منها قبله حيث تعتبر

(٩) حكمها فى ١٩٨٨/٦/٤ - الدعوى رقم ٩٩ لسنة ٤ ق دستورية ، كذلك حكمها فى ١٩٨٥/٥/٤ - الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق دستورية ،المجموعة الجزء الثالث ص ٢٠٩ .

أحكامها المخالفة لنصوص هذا الدستور الجديد غير دستورية " فليس معقولاً أن تكون تلك التشريعات بمنأى عن الرقابة التى تخضع لها التشريعات التى تصدر فى ظل هذا الدستور ونظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريتها أولى وأوجب" (١٠) ، وعليه " استقر قضاء هذه المحكمة على استمرار نفاذ القوانين واللوائح الصادرة قبل العمل بالدستور حتى تلغى أو تعدل دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم دستوريتها شأنها فى ذلك شأن التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور القائم " (١١) .

وتتأسس هذه القاعدة وفقا لأحكام القضاء الدستورى على أن " رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه بإعتبار أن نصوص هذا الدستور تمثل دائما القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها واهدار ما يخالفها من التشريعات بإعتبارها أسمى القواعد الآمرة " (١٢) .

غير أن محكمة النقض المصرية رأت أنه استنادا إلى ذات الأساس وهو سمو الدستور بإعتباره من قواعد النظام العام التى يلزم النزول

---

(١٠) المحكمة العليا فى ١٩٧٨/٤/١ دعوى رقم ٥ لسنة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ١٤٦ ، كذلك فى ١٩٧١/١٢/٤ دعوى رقم ٥ لسنة ١ ق المجموعة الجزء الأول ص ٥٠ .

(١١) المحكمة العليا فى ١٩٧٦/٧/٣ دعوى رقم ٥ لسنة ٥ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ٤١٤ ، وفى ١٩٧٦/٤/٣ دعوى رقم ١١ لسنة ٥ ق ، ذات المجموعة ص ٤٤٢ ، وفى ١٩٧٥/٣/١ دعوى رقم ٢ لسنة ٢ ق ، ذات المجموعة ص ٢١٥ .

(١٢) المحكمة العليا فى ١٩٧١/٣/٦ دعوى رقم ٣ لسنة ١ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ١ ، وفى ١٩٧١/١١/٦ دعوى رقم ٢ لسنة ١ ق ، ذات المجموعة ص ٣٠ .

على أحكامها ، فإنـه يترتـب على ذلك نتيجـة أخرى مؤداها نسخ كافـة القواعد القانونيـة السابقـة فى صدورها على الدستـور الجديد ،إذا غدت مخالفـة لأحكـام هذا الدستـور ، حيث قضت هذه المحكمة بدائرتيهـا المدنيـة والجنائيـة ، وفـى أكثر من حكم بأنـه " لما كان الدستـور هو القانـون الوضعـى الأسمـى ، صاحب الصـدارة ، فإن على ما دونـه من التشريعـات النـزول عند أحكامه ، فـإذا ما تعارضـت هذه وتلك وجب التـزام أحكام الدستـور واهدار ما سواها ، يستـوى فـى ذلك أن يكون التعـارض سابقـا أو لاحقا على العمل بالدستـور ، فـإذا ما أورد الدستـور نصـا صالحـا بذاتـه للأعمال بغيـر حاجة إلى سن تشريـع أدنـى ، لـزم اعمال هذا النـص من يـوم العمل بـه ، ويعتبـر الحكم المخالف لـه فـى هذه الحالـة قد نسـخ ضمنـا بقـوة الدستور " . (١٣)

وقد رأت محكمة النقض فـى هذه الأحكـام أن " ما نصت عليـه المـادة ١٩١ من الدستـور من أن كل ما قررتـه القوانيـن واللوائـح من أحكام قبـل صدور هذا الدستـور يبقـى صحيحـا ونافـذا ، ومع ذلك يجوز الغاؤها أو تعديلهـا وفقـا للقواعـد والإجراءات المقـررة فـى هذا الدستـور ، لا ينصـرف حكمها بداهة إلا إلـى التشريـع الذى لـم يعتبـر ملغيـا أو معدلا بقـوة نفـاذ الدستـور ذاتـه بغيـر حاجة إلى تدخل من المشرع " ، وتطبيقـا لذلك - على سبيـل المثـال - قضت المحكمه بأنـه " لما كان ذلك وكان مفـاد ما قضـى بـه نص المـادة ٤٧ من قانـون الإجراءات الجنائيـة من ..... يخالف حكم المـادة ٤٤ من الدستـور على النحـو سالف البيـان ، فإن حكم المـادة ٤٧ من قانـون الإجراءات يعتبـر منسوخـا ضمنـا بقـوة

(١٣) محكمة النقـض (الدائـرة المدنيـة) فـى ١٩٨٨/١١/١٥ الطعن رقم ٢٣٦١ لسنـة ٥٥ ق ، لم ينشـر بعد - كذلك حكمها فـى ١٩٧٩/٢/١٥ طعن رقم ١٠٩٧ لسنـة ٤٧ ق ، المجموعة السنـة ٣٠ عدد ١ رقـم ١٠٣ ص ٥٣٩ .راجع أيضـا أحكـام الدائـرة الجنائيـة فـى ١٩٧٥/٣/٢٤ طعن رقـم ٢٠٠ لسنـة ٤٥ ق ، المجموعة السنـة ٢٦ ص ٢٥٨ - وفـى ١٩٧٩/٦/٢١ طعن رقم ١٠٥٨ لسنـة ٤٩ ق ، المجموعة السنـة ٣٠ ص ٧٢٢ - وفـى ١٩٨٥/١١/٢٠ طعن رقم ٢٥٨٤ لسنـة ٥٥ ق ، المجموعة السنـة ٣٦ رقم ١٨٨ ص ١٠٢٧ .

الدستـور نفسـه منذ العمل بأحكامـه دون تربص صدور قانون أدنى " (١٤) .

وهكذا بالرغم من اتفاق محكمتى النقض والدستوريـة العليـا على مبدأ سمو الدستـور وأن أحكامه من النظام العام التى يتعيـن الإلتـزام بهـا ، سواء من جانب التشريعـات اللاحقة على صدور الدستـور أم السابقـة عليـه ، إلا أنهما اختلفتـا فى طريق الغاء النصوص السابقـة على الدستـور الجديد والتـى صارت بنفـاذه مخالفـة لأحكامـه ، حيث رأت المحكمة الدستوريـة العليـا أنه يسرى عليها ما يسرى على التشريعـات اللاحقة من نظام قانونـى (١٥) ، فـى حين رأت محكمة النقض أن هذه النصوص تعد منسوخة ضمنا بقـوة الدستـور نفسـه ومنذ تاريـخ العمل بأحكامـه ، دون تربـص صدور قانـون أدنى ، ومن باب أولى دون حاجة إلى عرض الأ مـر على المحكمة الدستوريـة العليـا .

وقد يترتـب على ذلك أن نجد فـى الموضوع الواحد اختلافـا بينـا لـه آثـاره العمليـة بيـن حكمى المحكمتيـن ، وهو ما تحقق فعلا بصـدد المـادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائيـة حيث سبق لمحكمة النقض الحكم بنسـخ هذه المـادة ، فـى حين قضت المحكمة الدستوريـة العليـا بعـدم دستوريتهـا ، إذ مقتضـى حكم محكمة النقض الغاء نص هذه

---

(١٤) حكم الدائـرة الجنائيـة فـى ١٩٨٥/١١/٢٠ سالف الإ شـارة .

(١٥) وهو ما طبقـه القضـاء الدستـورى فـى الكثيـر من الدعـاوى التـى تعرض فيهـا لبحث دستوريـة أو عدم دستوريـة التشريعـات السابقـة من حيث صدورها على صدور دستـور ١٩٧١ الحالى ، ومن ذلك مثلا حكم المحكمة العليـا فى ١٩٧٨/٤/١ - دعوى رقم ٥ لسنـة ٧ ق - بعـدم دستوريـة المـادة الأولـى من القانـون رقم ١١٩ لسنـة ١٩٦٤ لمخالفتـه جملة وتفصيلا أحكـام الدستـور الجديد ، وحكم المحكمة الدستوريـة العليـا فـى ١٩٨٢/٥/١٥ - دعوى رقم ٣٩ لسنـة ٣ ق - بعـدم دستوريـة المـادة الأولـى من القانـون رقم ٧٤ لسنـة ١٩٧٠ لمخالفتهـا المـادة ٦٦ من دستـور ١٩٧١ ، كذلك حكمها فـى ١٩٨٣/١٢/٣ - دعوى رقم ٩٢ لسنـة ٤ ق - بعـدم دستوريـة البنـد (ب) من المـادة الثانيـة من المرسـوم بقانـون رقم ١٧٨ لسنـة ١٩٥٢ المعدلة بالقانـون رقم ١٤٨ لسنـة ١٩٥٧ لمخالفتـه حكم كل من المادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستـور القائـم .

المادة ضمنا من تاريخ العمل بدستور ١٩٧١ ، فى حين يترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا عدم جواز تطبيق هذا النص من اليوم التالى لنشر الحكم الصادر فى ١٩٨٤/٦/٢ (١٦) .

ومن الجلى فى تقديرنا أن قضاء محكمة النقض يتفق مع القواعد الأصولية فى التفسير وازالة التعارض بين القواعد القانونية وتحديد وظيفة القاضى فى كيفية ازالة هذا التعارض . فمن الواضح أن مناط الدفع بعدم الدستورية أن يكون النص المطعون فيه قد صدر بعد العمل بالدستور وعلى خلاف أحكامه ، بإعتبار أن القواعد والأصول الواردة فى هذا الدستور هى التى يرد إليها الأمر فى تحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف واختصاصات ، فلا يجوز لأى منها أن تتعداها إلى غيرها أو تجور على الضوابط والقيود المحددة لها دستوريا ، إذ يشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تستوجب بسط الرقابة على هذا العمل واهداره جزاء على مخالفة الدستور وبغية الحفاظ على أحكامه وصون مبادئه من الخروج عليها .

أما إذا كان النص المخالف سابقا على صدور الدستور ونفاذه ، فإن السلطة العامة التى أصدرت هذا النص لم تخالف القواعد أو الأصول الدستورية وقت سنه أو اقراره ، ومن ثم فإن الطعن فيه لا يكون نعيا عليه بعدم الدستورية بالمعنى الفنى الدقيق لهذا الإصطلاح ، بل يكون دفعا بالنسخ ، والفرق بين الأمرين دقيق ولكنه واقع وله آثاره العملية ، فمن المستقر عليه أنه إذا صدر قانون يعدل أو يلغى قانونا ، فإن المحاكم تلتزم بتطبيق القانون الجديد وحده منذ صدوره ، دون أن يتوقف هذا الإلتزام على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بإنتهاء العمل بالقانون القديم . وإذا

(١٦) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ ق ، بالمجموعة الجزء الثالث - ص ٦٧ ، بالمقارنه مع حكمى محكمة النقض - الدائرة الجنائية - فى ١٩٧٥/٣/٢٤ وفى ١٩٨٥/١١/٢٠ سالفى الاشارة .

صح ذلك بين القوانين التى تتساوى من حيث القوة الإلزامية ، فهو صحيح من باب أولى إذا كان القانون الجديد هو الدستور ذاته وهو القانون الأسمى والأعلى مرتبة من حيث القوة الالزامية ، ولايختلف الأمر سواء كان الالغاء صريحا أو ضمنيا ، لأن وجه الحكم لايختلف بإختلاف الشكل أو الصورة التى يقع بها الالغاء ، أى سواء بالارادة الصريحة للمشرع أم ارادته الضمنية .

وعليه فإنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية مما تختص به المحكمة الدستورية العليا على وجه الانفراد والاستئثار ، فإن تقرير النسخ أو الالغاء هو مما تختص به المحاكم كافة ، ومن ثم يفترض اختصاص المحكمة الدستورية العليا نصا قائما ونافذا قانونا ، بغض النظر عن تطبيقه عملا إذ التطبيق العملى لنص ساقط مهما طال أمده لا يرده إلى الحياة القانونية ، والنص المنسوخ أو الملغى ضمنا هو نص ساقط والساقط لايعود ، وبالتالى لايرد عليه الدفع بعدم الدستورية ، لأنه دفع يهدف إلى كف النص عن التطبيق لتعارضه مع الدستور ، وذلك اعتبارا من اليوم التالى لنشر الحكم القاضى بعدم دستوريته ، مما يؤكد أن النص المخالف للدستور نص له وجود قانونى وأنه واجب التطبيق أصلا إلى أن ينشر حكم المحكمة الدستورية العليا .

وتأسيسا على ذلك فإنه إذا وقع التعارض بين نص فى الدستور ونص فى أحد القوانين أو اللوائح ، تعين على القاضى أن يبحث أى النصين أسبق ، فإن كان النص القانونى أو اللائحى هو الأسبق فى النفاذ فإن حكمه يكون قد نسخ ضمنا بنص الدستور منذ تاريخ نفاذه ، وهذا يكفى وحده لعدم تطبيقه ، أما أن كان نص القانون أو اللائحة تاليا لصدور الدستور ونفاذه ، فلا يجوز للقاضى الامتناع عن تطبيقه بدعوى عدم دستوريته ، بل يتعين عليه وفقا لقانون المحكمة الدستورية العليا ، إذا تراءى له ذلك أو دفع أحد الخصوم

بعدم الدستورية وقدر القاضى جدية دفعه ، أن يؤجل نظر الدعوى حتى تفصل المحكمة الدستورية العليا فى هذه المسألة الدستورية (١٧) .

ومع ذلك يتعين ملاحظة أن هذا الاتجاه السالف لايسود الفقه أو القضاء فى مصر . فغالبية الفقه تشير إلى أن رقابة المحكمة الدستورية العليا هى رقابة مركزية " احتكارية " بصدد الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، بحيث يمتنع على محاكم السلطة القضائية أن تبحث فى هذه الدستورية ، وهذا يعنى زوال رقابة الامتناع التى كانت تمارسها هذه المحاكم قبل انشاء المحكمة العليا ، والتى كان من شأنها اختلاف وجهات النظر بشأن الدستورية وتضارب الأحكام القضائية وعدم استقرار التشريعات من حيث الدستورية أو عدم الدستورية (١٨) .

أما القضاء ، فمن الواضح كما أشرنا سلفا أن المحكمة الدستورية العليا لا تأخذ بهذا الاتجاه ، كما أن القضاء الادارى غير واضح فى هذا الشأن ، فالمحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر

---

(١٧) ومع ذلك يتعين ملاحظة أنه بالرغم من قضاء محكمة النقض المشار اليه ، فإن المحاكم العادية تتجه أحيانا إلى الاحالة المباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية نصوص تشريعية صادرة قبل نفاذ الدستور الحالى بدلا من الالتجاء إلى طريق النسخ ، ومن ذلك مثلا حكم محكمة جنايات القاهرة فى ١٩٨١/١٠/٢٨ باحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية المادة ٤٧ من قانون الاجراءات الجنائية - حيث صدر بشأنها حكم الدستورية العليا فى ١٩٨٤/٦/٢ المشار إليه فى الهامش السابق - كذلك راجع حكم محكمة شمال القاهرة الابتدائية فى ١٩٨٥/١/٣١ بإحالة مسالة دستورية المادة ٢٢٦ من القانون المدنى للمحكمة الدستورية ، التى أصدرت فى ذلك حكمها فى ١٩٨٥/١٢/٢١ دعوى رقم ١٥ لسنة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثالث - ص ٢٨٧.

(١٨) الأستاذ الدكتور ثروت بدوى : المرجع السابق - ص ١٥٩ .
الأستاذ الدكتور ابراهيم شيحا : المرجع السابق - ص ٨٢٨ .
الدكتورة عزيزة الشريف : المرجع السابق - ص ٦٨ .

فى ١٩٧٨/٥/١٦ استعرضت تاريخ الرقابة على دستورية القوانين فى مصر قبل انشاء المحكمة العليا ، وأشارت إلى أن الشارع رأى عام ١٩٦٩ " تركيز رقابة دستورية القوانين فى محكمة عليا واحدة يكون لها دون غيرها سلطة الفصل فيها بأحكام ملزمة لجميع الجهات القضائية ، فصدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء محكمة عليا ... وبذلك يكون الشارع قد قصر سلطة الفصل فى دستورية القوانين على المحكمة العليا وناط بها دون غيرها البت فيها بأحكام ملزمة لجميع الجهات القضائية الأخرى وذلك حتى لايترك أمر البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها ... وبناء على ما تقدم تكون المحكمة العليا حاليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا عند انشائها هى الجهة القضائية المختصة دون غيرها بالفصل فيما يثار أمام الجهات القضائية من دفوع بعدم دستورية القوانين ، ويكون ممتنعا على المحاكم الأخرى التصدى للفصل فى هذه الدفوع الدستورية ولو كان ذلك بطريق الامتناع عن تطبيق القوانين المطعون عليها دستوريا ، لأن هذا الامتناع يتضمن فى حقيقته قضاء بعدم الدستورية مما يخالف أحكام الدستور والقانون اللذين عهدا بالرقابة الدستورية على القوانين للمحكمة العليا وقصر عليها هذا الاختصاص لتتولى سلطة الفصل فيه دون غيرها " (١٩) .

وبالرغم من الاشارة الواضحة فى هذا الحكم لمركزية الرقابة الدستورية ، ومقتضاها حرمان المحاكم من حق الامتناع عن تطبيق القوانين المطعون عليها دستوريا لما يعنيه ذلك فى حقيقة الأمر من القضاء بعدم الدستورية ، إلا أنه يجوز تفسير هذا الحكم بأنه يتعلق بالدفع بعدم الدستورية وليس بالدفع بالنسخ ، خاصة وأن ذات المحكمة تشير فى بعض أحكامها ضمنا إلى مسألة النسخ ، ومن

(١٩) حكمها فى ١٩٧٨/٥/١٦ قضية ٥٢٨ لسنة ١٨ ق ، المجموعة السنة ٢٣ ص ١٤٠ .

ذلك حكمها فى ١٩٨١/٢/١٧ وفيه قضت بأن " المشرع الدستورى فى اطار تأكيد أركان الدولة القانونية وتدعيم مبدأ المشروعية وسيادة القانون ، ضمن الدستور الدائم نصا بتقرير حق كل مواطن فى الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى ، وحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى ، وذلك حتى تنشط الرقابة القضائية وهى محور الضمانات الوظيفية الأساسية فى تحديد السلطة على جميع أعمال الهيئات الحاكمة ، وأن مقتضى أعمال المادة ٦٨ من الدستور سالفة الذكر أن تعتبر النصوص المانعة من التقاضى ملغاه كأثر مباشر لاعمال نصوص الدستور بحسبانه قد تضمن تنظيما مغايرا لما تضمنته تلك النصوص ، وأن لا سند فيما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور الدائم بشأن استمرار العمل بالتشريعات السابقة إلى أن تعدل أو تلغى ، إذ ليس من مؤدى تلك المادة اضفاء حصانة دستورية دائمة على التشريعات السابقة على الدستور تبعدها عن متناول السلطة التشريعية لتجرى فى شانها ما تراه من تعديل أو الغاء طبقا لأحكام الدستور الدائم ، أو أن يجعلها بمغايرة من بسط رقابة المحكمة الدستورية العليا عليها " (٢٠) .

وبملاحظة التناقض فى فقرات هذا الحكم حيث لا معنى لتدخل السلطة التشريعية لتعديل أو الغاء نصوص ملغاه فعلا من لحظة نفاذ الدستور الجديد ، أو لبسط المحكمة الدستورية العليا رقابتها عليها ، فإن الحكم يشير بوضوح إلى أن من شأن أعمال نصوص الدستور بأثر مباشر أن تكون النصوص المخالفة لأحكامه ملغاه ، وهو ما يعنى بقول آخر أن من شأن نفاذ الدستور الجديد نسخ النصوص التشريعية أو اللائحية المخالفة لأحكامه ، وهو مذهبمحكمة النقض المصرية .

(٢٠) حكمها فى ١٩٨١/٢/١٧ قضية ١١٠ لسنة ٢٤ ق ، المجموعة السنة ٢٦ ص ٥٨١ .

ونحن نؤيد تماما هذا المذهب الذى يعتنقه جانب من فقه القانون العام (٢١) ، فالأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا يذهب إلى أنه بصدور دستور ١٩٧١ غدت كل القوانين السابقة عليه والتى لاتتفق معه منسوخة تطبيقا لقواعد التدرج ... ولايتعارض هذا القول مع ما قررته المادة ١٩١ من الدستور ... وذلك لأن هذه المادة تتعلق بعدم السقوط الدستورى تأكيدا لمعنى مفاده أن صدور دستور جديد لايعنى هدم النظام القانونى القائم ، ولأن هذا الحكم العام يختلف عن موضوع التوفيق بين النصوص المتعارضة أو نسخ اللاحق للنص السابق إذا ما تعذر التوفيق (٢٢) .

من ناحية أخرى ، من شأن هذا المذهب أن ينهى مشكلة تحديد مجال تطبيق القاعدة الدستورية من حيث الزمان ، وهل يتعين التعويل على أحكام الدستور النافذ وقت صدور التشريع كمرجع للرقابة الدستورية ، أم يلزم الأخذ بأحكام الدستور القائم كمرجع لها (٢٣) ، فهى مشكلة لم تظهر إلا نتيجة الخلط بين النسخ والرقابة على دستورية القوانين السابقة على نفاذ الدستور ، ومن ذات المنطلق يتعين عدم الخلط بين الرقابة على " دستورية " القوانين ، والرقابة على " وجود " القوانين ، وهو الأمر الذى نبينه فى المطلب التالى .

(٢١) لم يتعرض لهذه المسالة من فقهاء القانون العام سوى قلة من الفقهاء ، وفى معرض التعليق على بعض الأحكام فى الندوات والمحاضرات العامة ، وعلى رأس هؤلاء الفقهاء الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا ، كما يعتنق بعض فقهاء القانون الجنائى وفى صدارتهم الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض مذهب محكمة النقض المشار إليه ، وخاصة فى مقام الدفاع أمام المحاكم القضائية المختلفة .

(٢٢) الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا : القضاء الادارى - قضاء التعويض وقضاء الالغاء - ١٩٨٨ ص ١٠١ و ١٠٢ .

(٢٣) راجع فى هذه المشكلة الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق - ص ٢٣٨ : ٢٨٢ .

المطلب الرابع
الرقابة على وجود القوانين واللوائح أو انعدامها

كان القضاء المصرى قبل انشاء المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا ينظر إلى العيوب الشكلية والاجرائية التى تشوب القوانين واللوائح ، بأن مؤداها أن يفقد العمل التشريعى صفته هذه ، ومن ثم كان القضاء يتجاهل التشريع المشوب بعيب شكلى فلا ينظر إليه كقانون من قوانين الدولة بل يعتبره والعدم سواء ، وبالتالى كان ينحى أحكامه عن التطبيق ، لأن العمل التشريعى لا تثبت له صفته هذه إلا إذا كان صادرا فى الحدود التى رسمها الدستور سواء من حيث الموضوع أم من حيث الشكل (٢٤) .

غير أن المحكمة الدستورية العليا ، من منطلق حرصها على مركزية الرقابة على الدستورية ، رأت بسط رقابتها على دستورية القوانين واللوائح من حيث مدى مطابقتها للأوضاع والاجراءات الشكلية التى رسمها الدستور فى شأن اقتراح التشريع أو اقراره أو اصداره ، حتى لايكون أمر الفصل فى هذه العيوب الشكلية مترددا بين جهات القضاء على اختلافها مما يتعارض مع مركزية الرقابة التى تباشرها هذه المحكمة ، ودرءا لاحتمال تعارض المحاكم الأخرى فى شأن تفسير أحكام الدستور المتصلة بهذه الأوضاع والاجراءات .

وعلى ذلك حرصت المحكمة الدستورية العليا على منع المحاكم الأخرى صراحة من الرقابة على وجود أو انعدام القوانين من الناحية الشكلية ، خلافا لموقفها من النسخ ، فقضت فى ١٩٨٢/٢/٦ بأن مؤدى النصوص القانونية التى حددت اختصاصها دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين واللوائح ، أن المشرع قد " أخذ بقاعدة مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وأختص بها هيئة قضائية مستقلة هى المحكمة العليا - ومن بعدها المحكمة الدستورية

---

(٢٤) الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق - ص٣٣٢ .

العليـا - دون غيرها من الجهات القضائيـة ، وهو اختصاص عام يشمل كافـة الطعون الدستوريـة على القوانيـن واللوائـح ، سواء تلك التـى تقـوم على مخالفات شكليـة للأوضـاع والاجراءات المقررة فـى الدستـور بشأن اقتـراح التشريـع واقـراره واصداره ، أو التـى تنصب على مخالفة أحكام الدستـور الموضوعيـة ، وذلك لـورود النصوص المشار إليها فـى صيغـة عامة مطلقة ، ولأن قصر هذا الاختصـاص على الطعون الموضوعيـة ينتكـس بالرقابـة القضائيـة بالنسبـة للعيوب الشكليـة إلى ما كان عليـه الأمـر قبـل انشاء القضـاء الدستـورى المتخصص من صدور أحكام متعارضـة يناقـض بعضهـا بعضـا ، مما يهدر الحكمة التـى تغياهـا الدستـور من تركيـز هذه الرقابـة فـى محكمة عليا تتولـى دون غيرها الفصـل فـى دستوريـة القوانيـن واللوائـح وحماية أحكام الدستـور وصونهـا " (٢٥) .

ويحتمـل بسـط الرقابـة على دستوريـة القوانيـن من حيث الأوضـاع والاجراءات الشكليـة قدر من الجدل ، إذ أن مقتضـى الفصـل فـى دستوريـة القوانيـن أن يكون هناك دستـور يتعيـن على السلطـة التشريعيـة الالتـزام بأحكامـه ، وقانون استوفـى الشـروط الشكليـة اللازمة لانعقـاده ، بحيث تراقب المحكمة دستوريتـه من حيث مدى اتفاقـه موضوعا مع أحكام الدستـور .

فالرقابـة على دستوريـة القوانيـن لاتثـور حين يخالف القانـون أحكام الدستـور من حيث الشكل ، حيث يمكن القول بأن القانـون لم

(٢٥) حكم ١٩٨٢/٢/٦ دعوى رقم ٨٩ لسنـة ١ ق ، المجموعة الجزء الثانـى ص ١١ .

وتجدر الاشـارة إلى أن المجلس الدستـورى فـى فرنسـا يراقب بدوره مدى التـزام السلطـة التشريعيـة بالاجراءات الدستوريـة المحددة لممارسة اختصاصاتهـا ، ولكن ليس بوصفـه جهة اختصاص بالرقابـة على دستوريـة القوانيـن ، وإنما بوصفـه الجهة المختصة بتنظيـم نشاط السلطات العامة - راجع فـى ذلك : LUCHAIRE, op.cit., M. Waline 1974, P. 563.

يوجد بعد أو لم يستكمل كيانه التشريعى من الناحية الشكلية وفقا للدستور ، كما لو تم سن القانون بالرغم من عدم حضور أغلبية أعضاء مجلس الشعب جلسة مناقشة واقرار هذا القانون ، أو عدم موافقة الأغلبية المطلقة للحاضرين أو الأغلبية الخاصة التى تطلبها الدستور ، أو التصويت على مشروع القانون جملة واحدة وليس مادة مادة ، وكل ذلك بالمخالفة للمادة ١٠٧ من الدستور ، وكذلك الحال إذا لم تلتزم السلطة التشريعية بإجراءات المادة ١١٠ من الدستور والتى تتطلب أن " يحال كل مشروع قانون إلى احدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه ، على أنه بالنسبة إلى مشروعات القوانين المقدمة من أعضاء مجلس الشعب فإنها لا تحال إلى تلك اللجنة إلا بعد فحصها أمام لجنة خاصة لابداء الرأى فى جواز نظر المجلس فيها ، وبعد أن يقرر المجلس ذلك " ، وأيضا ما قضى به نص المادة ١١١ من الدستور من أن " كل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه المجلس لايجوز تقديمه ثانية فى نفس دور الانعقاد " .

ومن قبيل الأوضاع الاجرائية كذلك عدم اصدار القانون من جانب رئيس الجمهورية وفقا للمادة ١١٢ من الدستور ، أو سن القانون فى غير أدوار انعقاد مجلس الشعب ، العادية أو غير العادية ، وفقا للمادتين ١٠١ و ١٠٢ من الدستور ، أو صدوره فى اجتماع لمجلس الشعب فى غير المكان المعد له حيث رأى المشرع الدستورى أن مثل هذا الاجتماع " غير مشروع والقرارات التى تصدر فيه باطلة " وذلك فى المادة ١٠٠ منه .

كما أنه من البديهى أن يشترط فى القانون صدوره عن سلطة تشريعية مختصة من الناحية العضوية أوالشكلية ، فلا يعد قانونا ما يصدر عن السلطة التنفيذية من " تشريعات " مغتصبة بذلك وظيفة مجلس الشعب ، فى غير الحالات التى يجيز لها الدستور ذلك ، ومن باب أولى لايعد قانونا ما يصدر عن " هيئة " يثبت أنها ليست

بسلطة تشريعية من الأصل أو زالت عنها هذه الصفة نتيجة بطلان تكوينها أو تشكيلها .

وعلى هذا الأساس يتعين علينا فهم موقف المحكمة الدستورية العليا عندما قضت فى حكمها الصادر عام ١٩٩٠ - محل هذه الدراسة - بأنه لما كانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء على نص تشريعى ثبت عدم دستوريته بالحكم الذى أنتهت إليه المحكمة فى الدعوى الماثلة ، فإن مؤدى هذا الحكم ولازمه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلا منذ انتخابه . فقد قدرت المحكمة بحق أنه فى وسع أى محكمة أو جهة ذات اختصاص قضائى أن تحكم بإنعدام القوانين الصادرة عن هذا " المجلس المذكور " لانتفاء صفة السلطة التشريعية عنه ، لأن الطعن فى هذه القوانين أو بالاحرى " تصرفات " هذا المجلس لا يعد طعنا بعدم الدستورية ، بل هو طعن عليها بعدم الوجود أو بالانعدام .

وهكذا تخوفا من المحكمة الدستورية العليا - وهو تخوف له أساسه - من عدم اقرار المحاكم المختلفة لها بالاختصاص على وجه الانفراد والاستئثار بالرقابة على " وجود " القوانين واللوائح ، باعتبارها رقابة على دستورية القوانين من حيث الشكل والاجراءات ، فإنها قدرت ضرورة الحكم باستمرار نفاذ وسريان قرارات وقوانين هذا المجلس الباطل على نحو ما سلف شرحه ، لمواجهة احتمال أن تقر المحاكم الأخرى لنفسها باستمرار اختصاصها بالفصل فى مسألة انعدام القانون ابتداء أو بسقوطه أو بالغائه بعد صدوره ، ومن ثم الامتناع عن تطبيق أى قانون لم يستجمع شروطه الشكلية سواء من حيث انعقاده أو استمرار نفاذه ، تأسيسا على افتقار هذا القانون إلى الوجود القانونى وبالتالى انعدامه ، وهى مسألة لا علاقة لها بدستورية القوانين واختصاص المحكمة الدستورية العليا ، إذ لا

معنى قانونا للحكم بالغاء أمر غير موجود ، وبالتالى يكفى أن يعلن القاضى عن انعدام وجود القانون (٢٦) .

ولا يقتصر التمييز بين الحكم بإنعدام القانون أو بسقوطه أو بإلغائه والقضاء بعدم الدستورية على موضوع الاختصاص ، وإنما يمتد ذلك إلى مسألة الآثار المترتبة على الحكم ، فالقوانين التى يقضى بإنعدامها أو بسقوطها ، تعد ملغاه من تاريخ صدورها فى حالة الانعدام أو من تاريخ تحقق العيب الذى شابها أو العارض الذى اعتراها فى حالة السقوط ، أما الحكم بعدم الدستورية ، فإنه يترتب عليه امتناع تطبيق النص الذى وصم بهذا العيب اعتبارا من اليوم التالى لنشر الحكم وفقا للمادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية ، مما يثور معه السؤال حول هذه الآثار المترتبة على أحكام هذه المحكمة فى المسائل الدستورية وهو ما نتناوله بالدراسة فى المبحث التالى .

(٢٦) فى تقديرنا أنه يلزم التمييز بدقة بين مسألة " انعقاد " القانون أى ولادته ووجوده القانونى ومسألة " صحة " هذا القانون أى استيفائه للشروط الشكلية والموضوعية التى استلزمها الدستور أو القانون العادى لصحة ومشروعية القانون ، حيث أننا نرى اختصاص كافة المحاكم بفحص شروط انعقاد القانون ، فإذا توافرت تعين الاعتراف بوجود القانون ونفاذه ، وخاصة إذا لم يشوبه أيه مخالفة لأحكام الدستور شكلا أو موضوعا ، وفى حالة الشك فى مدى توافر هذه المخالفة ، فإن الجهة القضائية المختصة بالرقابة عليها هى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها ، أما فى حالة عدم توافر شروط انعقاد القانون ، فمعنى ذلك أنه لم يوجد ويحق لقاضى الموضوع أن يعلن عن انعدامه ، وتبقى بعد ذلك مشكلة تحديد شروط الانعقاد وتمييزها عن شروط الصحة قانونا ، وهل يمكن التمييز داخل شروط الصحة بين ما يعد من الشروط الجوهرية التى تؤدى إلى الانعدام أو البطلان والشروط غير الجوهرية التى لا تؤدى إلى ذلك ، أو بين المخالفة الجسيمة والمخالفة البسيطة لها وآثار هذه التفرقة ؟ وكل ذلك يحتاج بغير شك إلى دراسة متخصصة ليست محلا لموضوع هذا البحث .

المبحث الثانــى
آثـار الأحكـام الصـادرة عن المحكمة الدستوريــة العليـا فـى المسائـل الدستوريــة

لم يحدد الدستـور آثار الحكم الذى يصدر عن المحكمة الدستوريـة العليـا بعـدم دستوريـة نص تشريعـى أو لائحى ، أو القرار الذى تصـدره بتفسيـر مثل هذه النصوص . وكان قضـاء المحكمة العليـا مستقـرا فـى ظل قانون انشائهـا رقم ٨١ لسنـة ١٩٦٩ ، وقانـون الاجراءات والرسـوم رقم ٦٦ لسنـة ١٩٧٠ ، على أن الأحكـام التـى كانت تصـدر عنها بعـدم دستوريـة أى نص تشريعـى أو لائحى ، يترتـب عليها الغاء هذا النص واعتبـاره كأن لم يكن ، والتـزام جميع جهات القضـاء بهـذه الأحكـام لما لها من حجية مطلقة . (١)

واستنــادا إلى أن الدستـور الحالى ينص فـى المـادة ١٧٨ منه على أن ينظم القانـون " ما يترتـب على الحكم بعـدم دستوريـة نص تشريعـى من آثار " ، فقد رتب المشرع فـى قانون المحكمة الدستوريـة العليـا هذه الآثـار فى المواد من ٤٨ إلى ٥٠ منه ، حيث نصت المـادة ٤٨ على أن " أحكام المحكمة وقرارتهـا نهائيـة وغير قابلـة للطعن " ، وتقضـى المـادة ٤٩ بأن " أحكام المحكمة فـى الدعاوى الدستوريـة وقراراتهـا بالتفسيــر ملزمة لجميـع سلطات الدولة وللكافـة . وتنشـر الأحكـام والقرارات المشار إليها فـى الفقـرة السابقـة فـى الجريدة الرسميـة وبغيـر مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثـر من تاريـخ صدورها . ويترتـب على الحكم بعـدم دستوريـة نص فـى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقـه من اليـوم التالـى لنشر الحكم . فـإذا كان الحكم بعـدم الدستوريـة متعلقـا بنـص جنائـى تعتبـر الأحكـام التـى صدرت

(١) المحكمة العليـا فـى ١٩٧٥/٣/١ دعوى رقم ٢ لسنـة ٢ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ٢١٥ - وفـى ١٩٧٧/٢/٥ دعوى رقم ١٦ لسنـة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثانـى ص ٤٣ .

بالادانـة استنـادا إلى ذلك النص كأن لم تكن . ويقـوم رئيس هيئة المفوضيـن بتبليـغ النائب العام بالحكـم فـور النطق بـه لاجراء مقتضـاه " . أما المـادة ٥٠ فهي تنص على أن " تفصـل المحكمة دون غيرها فـى كافـة المنازعات المتعلقـة بتنفيـذ الأحكـام والقرارات الصـادرة منها . وتسـرى على هذه المنازعات الأحكـام المقررة فـى قانـون المرافعات المدنيـة والتجاريـة بمـا لايتعـارض وطبيعـة اختصـاص المحكمة والأوضـاع المقررة أمامها . ولا يترتـب على رفـع المنازعـة وقف التنفيـذ ما لم تأمر المحكمة بذلك حتى الفصـل فـى المنازعـة " .

وتثيـر هذه النصوص التسـاؤل حول عدة مسائل ، نرى ضـرورة التعرض لها فـى اطار هذه الدراسة ، وهى تـدور أولا حول طبيعـة الرقابـة القضائيـة على الدستوريـة التـى تمارسهـا المحكمة الدستوريـة العليـا ، وثانيـا تحديد الأثـر الكاشف أو المنشىء لأحكامهـا فـى المسائل الدستوريـة ، وثالثـا حجية هذه الأحكـام ، وأخيرا تنفيذهـا وما قد يثيـره هذا التنفيـذ من مشكلات ، وكل ذلك مع التطبيـق على الحكم محل دراستنـا .

المطلب الأول
طبيعـة رقابـة المحكمة الدستوريـة العليـا
على دستوريـة القوانيـن واللوائـح

يثيـر ما ورد فـى المـادة ٤٩ سالفـة الذكر من أنه يترتـب على الحكم بعـدم دستوريـة نص فـى قانـون أو لائحة " عدم جواز تطبيقـه " التسـاؤل حول طبيعـة الرقابـة القضائيـة التـى تباشرهـا المحكمة الدستوريـة العليـا على دستوريـة القوانيـن واللوائـح ، وهل هى رقابـة الغاء أم أنها فقـط رقابـة امتنـاع ؟

من الناحية النظرية يمكن ملاحظة أن المنطق القانوني يربط بين نظام الرقابة المركزية على دستورية القوانين ، ورقابة الالغاء واعتبار النص غير الدستوري كأن لم يكن ، وتحريك الرقابة على الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية ، وكل ذلك من ناحية يقابلها نظام الرقابة غير المركزية أي تلك التي تمارسها كافة المحاكم ، وهي رقابة امتناع بالضرورة بمعنى أنها تقتصر على اهمال المحكمة لحكم القانون غير الدستوري والامتناع عن تطبيقه في الدعوى المطروحة عليها ، ويتم تحريك هذه الرقابة من خلال الدفع بعدم الدستورية ، وذلك من ناحية أخرى .

ومع ذلك فإن الربط بين هذه الأنظمة على ذلك النحو ليس حتميا من الناحية العملية أو القانونية ، إذ يمكن المزج بين هذه الأنظمة بما يتفق مع ظروف كل دولة ، وهذا ما حققه المشرع في قانون المحكمة الدستورية الحالي ، إذ بالرغم من اعتناقه لمبدأ مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، إلا أنه لم يتبع أسلوب تحريك هذه الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية ، كما أنه لم يخول المحكمة الدستورية العليا سلطة الغاء النصوص غير الدستورية . ومن هنا جاء التساؤل حول ما رتبه المشرع على الحكم بعدم الدستورية ، ومدلول " عدم جواز تطبيق " النصوص التي يحكم بعدم دستوريتها .

من الجلي في تقديرنا أنه لا يمكن تكييف رقابة المحكمة الدستورية العليا على الدستورية بأنها رقابة امتناع (٢) ، إذ

(٢) يحاول بعض الفقهاء التوفيق بين رقابة الامتناع والحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية فيقرر " أن رقابة الدستورية في مصر هي رقابة امتناع عن تطبيق النص غير الدستوري وليست رقابة الغاء له ، وأن كان الامتناع هنا يتسم بالعمومية والاطلاق وليس بالنسبية من حيث ترتيب آثاره الملزمة ، فالامتناع عن التطبيق ملزم للسلطات جميعها بصفة عامة ، وللسلطة القضائية من بينها بصفة خاصة فضلا عن الكافة من الأفراد - الدكتور مصطفى عفيفي : المرجع السابق - ص ٢٨٨ . ومن الجلي في =

مقتضى هذه الرقابة اهمال تطبيق النص غير الدستورى فى القضية المثار بصددها مسألة الدستورية ، دون أن يحول ذلك من استمرار نفاذ النص وسريان حكمه فى الأحوال الأخرى التى يتسنى فيها ذلك ، وهو الأمر الذى لايمكن التسليم به فى ظل النظام الحالى للرقابة على الدستورية ، حيث تقضى المادة ٤٩ سالفة الذكر بأن أحكام المحكمة الدستورية العليا ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة .

ومفاد هذا النص أن سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية ملزمة بالنزول على مقتضى أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ويتبدى وجه الالزام بالنسبة للسلطة التشريعية فى قيامها بإلغاء النص القانونى الذى قضى بعدم دستوريته ، وكذلك تعديل تشريعاتها النافذة على ضوء ما قضى به الحكم الصادر بعدم الدستورية أن كانت هناك علاقة بين أحكام هذه التشريعات وحكم النص القانونى الذى قضت المحكمة بعدم دستوريته ، كما يكون على هذه السلطة أن تراعى الحكم الصادر من المحكمة بالنسبة لما تضعه فى المستقبل من تشريعات . كما يتبدى عين الالزام السابق للسلطة التنفيذية بشأن النصوص اللائحية التى يقضى بعدم دستوريتها ، علاوة على التزام هذه السلطة بعدم وضع النصوص التى قضت المحكمة بعدم دستوريتها موضع التنفيذ . وهكذا تكون سلطة الالغاء لمن يملك الانشاء ، فلا يترتب هذا الالغاء مباشرة من خلال الحكم بعدم الدستورية فى ذاته . (٣)

أما عن السلطة القضائية ، فإنها بدورها تلتزم بحكم المحكمة الدستورية العليا بالامتناع عن تطبيق النص الذى قضت فيه هذه

= تقديرنا أن المعنى الاصطلاحى لرقابة الامتناع لاينطبق على المفهوم المشار إليه ، وأن هذا المفهوم أقرب إلى رقابة الالغاء منه إلى رقابة الامتناع .

(٣) راجع فى هذا المعنى الأستاذ الدكتور ابراهيم شيحا : المرجع السابق - ص ٨٢٨ .

المحكمة بعدم دستوريته ، وذلك فى جميع القضايا المعروضة أمامها أو التى تعرض عليها فى المستقبل ، ويراد تطبيق هذا النص عليها.

وبالرغم من أن حكم المحكمة الدستورية العليا ينص فقط على عدم دستورية النص المطعون فيه ، ولايقرر بذاته الغاء القانون المخالف للدستور ، إلا أن الفقه يرى أن آثار الحكم من الناحية العملية تؤدى إلى الغاء هذا النص المخالف للدستور وانعدام كل قيمة له واعتباره كأن لم يكن ، وذلك لأنه حكم ذو حجية عامة ومطلقة إزاء الكافة مما يؤدى إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون مرة واحدة وبصفة نهائية ، وبالتالى لايسمح فى المستقبل باثارة هذه المشكلة من جديد ، كما أنه ينتج عن نشر الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق القانون المخالف للدستور ، وهذا وذلك يعنيان ببساطة الغاء النص المخالف للدستور رغم عدم التصريح بذلك . (٤)

بيد أن القضاء الدستورى ، المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا كذلك ، يحدد مقتضى الحكم بعدم دستورية أحد النصوص بأنه يعنى الغاء قوة نفاذه (٥) ، فقد تعددت أحكامه التى

(٤) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي : الدستور المصرى - ١٩٨٥ ص ٤٩٢ .
الأستاذ الدكتور محسن خليل : النظام الدستورى المصرى - الجزء الأول ١٩٨٨ - ص ٥٤٩ .
الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : المرجع السابق - ص ٥٢٢ .
الدكتور محمدعبد اللطيف : المرجع السابق - ص ٢٤٨ .
الدكتورة عزيزة الشريف : المرجع السابق - ص ١١٠ .

(٥) يؤكد الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا على أن تعبير " الغاء النص" يتساوى فى أثره وفى نتائجه القانونية مع تعبير " الغاء قوة نفاذ النص " ، وهو يرى بحق أن عدم استخدام المحكمة للتعبير الأول هو من قبيل المواءمة فى الصياغة والرعاية الشكلية للسلطة التى تضع التشريع ، إلا أن ذلك لا يغير من حقيقة الأمر ، فالحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو فى لائحة يعنى الحكم ببطلانه ، فالأمران يعبران عن شىء واحد =

يقضى فيها بأن " الرقابة القضائية على دستورية القوانين التى اختصت بها المحكمة العليا - أو المحكمة الدستورية العليا - دون غيرها هى رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغى قوة نفاذه ، وإلى تقرير دستوريته وبالتالى سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان " (٦) .

وفى بعض أحكامها أكدت المحكمة العليا أن الحكم الذى يصدر بعدم دستورية نص تشريعى يلغى قوة نفاذ هذا النص ويغدو معدوما من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة (٧) .

هذا الحكم الأخير على وجه الخصوص مؤداه أن" عدم جواز تطبيق" النص غير الدستورى يعنى الغاء قوة نفاذه ، وأن هذا الالغاء يؤدى إلى سقوط النص كتشريع من تشريعات الدولة ، تأسيسا على أنه يغدو بمقتضى هذا الحكم معدوما من الناحية القانونية ، ومن ثم فإن هذا الانعدام يعنى بغير جدال أن النص يعتبر كأن لم يكن منذ لحظة صدوره ، وبمعنى آخر يعود هذا الالغاء أو الانعدام بأثر رجعى إلى تاريخ صدور النص غير الدستورى .

= ، أو أن شئنا - فإن البطلان هو الجزاء أو الأثر القانونى المترتب على المخالفة الدستورية ، وهو أثر لها فى التحليل القانونى كعملية ذهنية دون انفصال بينهما . راجع بحثه سالف الاشارة - مجلة القضاه - ص ٨٢ .

(٦) المحكمة العليا فى ١٩٧٧/٢/٥ دعوى رقم ١٦ لسنة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ٤٣ - والمحكمة الدستورية العليا فى ١٩٨٤/٣/١٧ دعوى رقم ١٣٦ لسنة ٥ ق ، المجموعة الجزء الثالث ص ٤٩ - وفى ١٩٨٥/٢/١٦ دعوى رقم ١٦ لسنة ٥ ق ، ذات المجموعة ص ١٥٢ - وفى ١٩٨٥/١١/١٦ دعوى رقم ٢ لسنة ٢ ق ، ذات المجموعة ص ٢٤٥ - وفى ١٩٨٥/١٢/٢١ دعوى رقم ١١ لسنة ٤ ق ، ذات المجموعة ص ٢٥٥ .

(٧) المحكمة العليا فى ١٩٧٦/١٢/١١ دعوى رقم ٨ لسنة ٣ ق - منشور فى موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى الدستورية للمستشار أحمد هبة - الطبعة الأولى - ١٩٨٨ - ص ١٢١ .

ومع ملاحظة أن هذا الحكم قد صدر عن المحكمة العليا وليس عن المحكمة الدستورية العليا ، وأن قانون هذه الأخيرة ينص فى المادة ٤٩ سالفة الذكر على أن يسرى " عدم جواز تطبيق " النص المحكوم بعدم دستوريته اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشر الحكم ، فإنه يثور التساؤل عن الأثر الرجعى الكاشف للحكم بعدم الدستورية أو أثره المنشىء المباشر فى ظل القانون الحالى للمحكمة الدستورية العليا ، وهو ما نحدده فى المطلب التالى .

المطلب الثانى
الأثر الكاشف أو المنشئ للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا

تثور بصدد الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة مشكلة تحديد التاريخ الذى تبدأ فيه آثار هذه الأحكام ، أو النطاق الزمنى لتنفيذها ، وبالتالى الوقوف على ما إذا كانت هذه الأحكام ترتب آثارها بالنسبة للمستقبل فقط أم أن لها أثر رجعى يرتد إلى تاريخ صدور النص مثلا . وحول هذه المسالة اختلف الفقه إلى عدة اتجاهات ، حيثذهب اتجاه إلى القول بأن آثار الأحكام بعدم الدستورية ليست كاشفة وإنما منشئة ، وسلم اتجاه آخر بذلك مع انتقاده لذلك ، فى حين رأت أغلبية الفقه أن هذه الآثار منشئة وليست كاشفة .

الاتجاه الأول :

يقرر جانب من الفقه بأنه يتبين من نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا أن المشرع لم يجعل أثر الحكم بعدم الدستورية واحدا ، بل ميز بين حالتين :

الحالة الأولى : الحكم بعدم دستورية " نص جنائى " ، وهنا قرر المشرع اعتبار الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص " كأن لم تكن " ومعنى ذلك أن المشرع جعل أثر الحكم مرتدا إلى الماضى . وهذا حكم منطقى لأنه لا يتفق مع العدل أو المنطق أن يعاقب مواطن على أساس نص ثبتت مخالفته للدستور .

الحالة الثانية : الأحكام الأخرى غير ذات الصبغة الجنائية ، وهذه لا تنفذ إلا " من اليوم التالى لنشر الحكم " . ومعنى ذلك أن النص المحكوم بعدم دستوريته فى غير الأمور الجنائية ، يحتفظ بقوته كاملة وبجميع آثاره السابقة على نشر الحكم بعدم الدستورية . وقد قرر المشرع ذلك ضمانا للاستقرار . ولهذا سلكت دول أخرى على رأسها فرنسا ، سبيل الرقابة السابقة على دستورية القوانين بمعنى أن الجهة التى خولها المشرع الطعن بعدم الدستورية ، عليها أن تستعمل هذا الحق قبل صدور القانون . فإذا صدر القانون امتنع الطعن بعدم الدستورية . ومن الناحية العملية المجردة ، فإن هذا الأسلوب يكفل الاستقرار التشريعى (٨) .

الا تجاه الثانى :

يسلم جانب آخر من الفقه بأن القانون الحالى للمحكمة الدستورية العليا - فى المادة ٤٩ منه - يرتب أثرا بالإنهاء اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشر الحكم بالنسبة لأى نص غير جنائى ، بينما يرتب أثرا بالإلغاء يرتد إلى تاريخ صدور جميع أحكام الإدانة التى استندت إليه - أى إلى النص الجنائى المقضى بعدم دستوريته - ويعتبرها كأن لم تكن .

(٨) الأستاذ الدكتور سليمان محمد الطماوى فى تعليقه على حكم المحكمة الدستورية العليا محل هذا البحث : مجلة العلوم الادارية السنة ٣٢ - ١٩٩٠ - العدد الأول ص ٢٤٠ .

ولكن هذا الفقه ينتقد موقف المشرع من هذه المسألة ، فمن ناحية تحوى المادة ٤٩ المشار إليها أحكاما متعارضة ، فهى ترسى قاعدة مؤداها أن الحكم الذى يصدر بعدم دستورية نص معين لا يرتب أثرا بعدم تطبيق هذا النص إلا من اليوم التالى لنشر ذلك الحكم . وهذا الأثر يفيد أن الحكم المذكور يكون منشئا فيما قضى به من عدم الدستورية - مع أن عدم الدستورية عيب يشوب النص منذ صدوره ولا يكون الحكم القضائى الصادر فى شأنه إلا مقررا لهذا العيب أو كاشفا له ..والحكم القضائى المقرر أو الكاشف يجب أن يرتب آثارا سابقة . وتعود المادة المتقدمة فتستثنى من القاعدة المشار إليها الحكم الصادر بعدم دستورية نص جنائى ، إذ ترتب عليه أثرا رجعيا يتمثل فى اعتبار الأحكام التى سبق أن صدرت بالإدانة استنادا إليه كأن لم تكن .

ويرى هذا الفقه - من ناحية أخرى - أن عدم ترتيب الأثر السابق للحكم الذى يصدر بعدم الدستورية يخالف ما هو مسلم من أن هذا الحكم مقرر أو كاشف ، كما يخالف ما هو مسلم من أن أحكام الإلغاء ترتب اعتبار النص الملغى كأن لم يكن من تاريخ صدوره . كما أنه ما دام أن المشرع الدستورى قد أوجب انشاء محكمة دستورية عليا وعقد لها منفردة ولاية رقابة دستورية القوانين واللوائح ، فإنه يكون أوفى فى تحقيق الأهداف المنشودة من انشائها اعتبار جميع الأحكام التى تصدر منها بعدم الدستورية مقررة وكاشفة عن عيب عدم الدستورية بحيث يترتب عليها إلغاء النص غير الدستورى واعتباره كأن لم يكن من تاريخ صدوره بكل ما يترتب على ذلك من آثار . وفى الأخذ بهذا النظر تحقيق للمزيد من الانصاف للأفراد ، وحث للسلطتين التشريعية والتنفيذية على التزام أحكام الدستور خشية

الغاء أعمالهما التشريعية بأثر رجعى وتحميلهما المسئولية بالتعويض عن هذه الأعمال (٩) .

الاتجاه الثالث :

يذهب الاتجاه الراجح والغالب فقها إلى أنه ولئن كان ظاهر نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا يوحى بأن نفاذ الحكم بعدم الدستورية يكون بالنسبة للمستقبل ، إلا أن تفسير هذا النص بمراعاة ما أوردته المذكرة الايضاحية ، وبعد الرجوع إلى المصدر التاريخى للنص ، والقواعد العامة للأحكام القضائية من حيث آثارها ، وطبيعة نظام الرقابة على دستورية القوانين الحالى فى مصر ، يؤدى إلى تقرير الأثر الرجعى الكاشف للحكم الصادر بعدم الدستورية فى الحدود المناسبة ،وذلك على النحو التالى (١٠) :

١ - حددت المذكرة الايضاحية مقتضى المادة ٤٩ المشار إليها بقولها إنه " نص ورد فى بعض القوانين المقارنه واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب ، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بإنقضاء مدة التقادم .أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى فإن جميع الأحكام التى صدرت

(٩) الأستاذ الدكتور سعد عصفور :النظام الدستورى المصرى - ١٩٨٠ - ص ٣١٩ و ٣٢٠ ويؤيده فى ذات الاتجاه الأستاذ الدكتور ابراهيم شيحا : المرجع السابق - ص ٨٣٠ - كذلك الدكتورة عزيزة الشريف : المرجع السابق - ص ١١٠ .

(١٠) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : المرجع السابق - ص ٦١٤ .
الأستاذ الدكتور عاطف البنا :المقالة سالفة الإشارة - مجلة القضاء - ص ٨٣ .
الدكتور محمدعبد اللطيف :المرجع السابق - ص ٢٥٦ .
الدكتور عادل عمر شريف :المرجع السابق - ص ٤٧١ .
المستشار محمد السيد زهران : المرجع السابق - ص ١٤٠ .

بالإدانــة استنــادا إلى ذلك النص تعتبــر كان لم تكن ، ولو كانت أحكام باتــة " .

٢ - ومن الجلى أن المصدر التاريخــى للمـادة ٤٩ المشار إليها هو نص المـادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستوريــة فـى ايطاليـا - القانـون رقـم ٨٧ لسنــة ١٩٥٣ - وقد استقــر الفقــه والقضـاء هناك على أن الحكم بعـدم الدستوريــة لا يسـرى فقـط بالنسبــة إلى المستقبــل ، وإنما أيضا على الماضى بأثــر رجعى ، بإستثنـــاء المراكز التــى تكونت بحكم حاز قوة الأمـر المقضى أو أصبح باتــا بإنقضــاء مدد التقـــادم أو السقـوط .

٣ - أن القواعد العامة فـى الأحكـام القضائيــة أنها كاشفــة وليست منشئــة ، ومن ثم فإن حكم المحكمة الدستوريــة العليــا بعـدم الدستوريــة لا ينشـئ البطـلان ، وإنما يكشف عنـه لأن التشريــع باطل منذ وجوده نتيجــة مخالفتــه للدستــور ، والحكم يكشف عما هو موجود ولا ينشئـــه ، ومؤدى ذلك بالضــرورة أن يكون للحكم بعـدم الدستوريــة أثـر رجعى ، وهى نتيجــة حتميـة يفرضهــا إعمال مبدأ المشروعيـة وتـدرج القواعد القانونيـــة ، مما يقتضــى اهدار ما رتبــه النص غير الدستــورى من آثـار مع الأخـذ فـى الاعتبــار دواعى الاستقــرار للحقوق والمراكـز القانونيــة .

٤ - أن القول بسريـان حكم المحكمة الدستوريــة العليــا على المستقبـــل فقـط إنما يتعـارض مع نظـام الرقابــة على دستوريــة القوانيـن كمـا نظمها المشرع المصرى ، حيث يقـوم هذا التنظيــم القانونــى على اثـارة المسألـة الدستوريــة أثنـاء نظر احدى الدعاوى أمام أى من جهات القضــاء ، اما من تلقـاء نفسهـا أو بطريـق الدفـع من أحد الخصـوم ، والمشرع يـبغــى بذلك تحقيق فائــدة للخصـم فـى المنازعات الموضوعيـة التــى أثير بصددهـا الدفـع الدستــورى فيمـا لو قضـى بعـدم

الدستورية ، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي لأصبح لزاما على محكمة الموضوع التى أرجات تطبيق القانون عند الشك فى دستوريته ، أن تطبق ذات القانون بعد الحكم بعدم دستوريته فى نفس المنازعة ، لأنها تتعلق بوقائع سابقة على الحكم بعدم الدستورية ، وتلك نتيجة شاذة يأباها المنطق القانونى ويتنافى مع الغرض المرتجي من الدفع بعدم الدستورية ، ولا يتحقق بالتالى لمن أبدى هذا الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق فى التقاضى الذى كفله الدستور للناس كافة ، غير مجد بالنسبة للمسألة الدستورية ومجردا من مضمونه ، الأمر الذى ينبغى تنزيه المشرع عن قصد التردى فيه .

٥ - بالرغم من ظاهر نص المادة ٤٩ إلا أنه لا ينفى الأثر الرجعي للحكم ، ومن ثم يكون مفهومه هو تحديد التاريخ الذى يعتد به قانونا للقول بوجود حكم واجب النفاذ ، وقد حدده القانون باليوم التالى لنشر الحكم فى الجريدة الرسمية ، فالأحكام عامة لا يعتد بوجودها إلا بصدورها أو بإعلانها بحسب الأحوال ، ولا تنفذ إلا بعد هذا الصدور أو الإعلان ، ولكن كيف تنفذ ؟ أنها تنفذ بأثر رجعي نظرا لطبيعة الأحكام القضائية بإعتبارها كاشفة لا منشئة . وهكذا حكم المحكمة الدستورية العليا حيث لا يوجد حكم صالح للتنفيذ إلا من اليوم التالى لتاريخ نشره ، وهو من هذا التاريخ ينفذ بأثر رجعي على كل الأوضاع والمراكز القانونية حتى السابقة على صدور الحكم .

ومن ناحية أخرى فإن نص المادة ٤٩ على عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم الدستورية ، هو خطاب تشريعى موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة ، ولما كان قاضى الموضوع من بين المخاطبين بهذا النص التشريعى فإنه يكون متعينا عليه ألا ينزل حكم القانون المقضى بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه

من قبل ، وذلك يؤكد قصد المشرع فى تقرير الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت فى ظل القانون الذى قضى بعدم دستوريته .

أما عن النص الخاص بالنصوص الجنائية فإنه ليس استثناء من قاعدة مؤداها عدم رجعية أحكام عدم الدستورية ، وإنما هو تطبيق لقاعدة الرجعية ، وقد قرره المشرع بهدف إعمال الرجعية فى هذا الخصوص على اطلاقها دون أن يحد من هذا الإطلاق ما يمكن أن يحده فى الحالات الأخرى ، وبذلك يصل الأمر إلى حد اسقاط حجية الأمر المقضى بالنسبة لأحكام الإدانة المستندة إلى النص غير الدستورى ، أما فى المسائل غير الجنائية ، فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ، ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانونى آخر ترتكن إليه ويحد من إطلاق الرجعية عليها ، كالحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت بحكم - غير جنائى - حاز قوة الأمر المقضى أو بإنقضاء مدة التقادم ، على ما أفصحت عنه المذكرة الإ يضاحية لقانون المحكمة .

موقف القضاء : اعتنقت المحكمة الدستورية العليا منذ نشأتها الاتجاه الفقهى الأخير لما يوفره من ضمانات حقيقية للأفراد ، اضافة لاتفاقه مع المنطق القانونى السليم ومقتضيات الرقابة الدستورية الصحيحة ، كما أخذت بذات الاتجاه المحكمة الادارية العليا فى جهة القضاء الإ دارى .

ففى حكمها الصادر فى ١٩٨٤/٣/٤ قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " لا شك أن حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ببعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين كاشف لعدم دستورية القانون المشار إليه منذ صدوره فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٨١ كما ذهب إلى ذلك بحق الحكم

المطعون فيه ... وليس صحيحا ما ذهب إليه الطعن من أن القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ حتى ولو كان مخالفا لأحكام الدستور يظل نافذا من تاريخ العمل به فى ٢٤ يوليو سنة ١٩٨١ إلى أن يلغى أو يعدل وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى الدستور ، وأن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا القانون بجلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ لا ينصرف أثره إلى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٥ لسنة ٨١ لتعارض ذلك مع نص المادة ١٩١ من الدستور ، ليس ذلك صحيحا فى المفهوم القانونى السليم ...كما أن المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ...لا يعنى كما ذهب إلى ذلك الطعن أن القانون الذى تقضى بعدم دستوريتة يظل ساريا ونافذ المفعول كقاعدة عامة إلى اليوم التالى لنشر الحكم الصادر بعدم دستوريته ، وإنما يعنى وجوب عدم تطبيق القانون المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم الدستورية لتوافر العلم بعدم دستوريته بهذا النشر ، ولا يستفاد من ذلك سريان القانون ونفاذه رغم الحكم بعدم دستوريته حتى تاريخ نشر الحكم ، ذلك أن حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون لا ينشئ واقعا جديدا ، وإنما يقرر واقعا موجودا فالقانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ لم يكن دستوريا منذ صدوره فى ٢٢ من يوليو سنة ١٩٨١ وليس من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم دستوريته وإلا كان القانون دستوريا فى فترة زمنية وغير دستورى فى فترة أخرى مع ابقائه كما هو تحت ظل دستور واحد ، وهو ما لا يستقيم لا فى المفهوم القانونى ولا فى المفهوم المنطقى .

وآية أن القانون المقضى بعدم دستوريته يعتبر كذلك من تاريخ صدوره هو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه من اعتبار الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى نص جنائى قضى بعدم دستوريته كأن لم تكن ، فهذا النص يرجع أثر الحكم بعدم الدستورية إلى تاريخ صدور النص المقضى بعدم دستوريته ، وليس ذلك إستثناء قاصرا

على النصوص الجنائية كما يذهب الطعن ، وإنما هو تقرير لمبدأ أن الأحكام كاشفة لا منشئة ، وما نص على أحكام الإدانة استنادا إلى نص جنائى قضى بعدم دستوريته إلا لينص على اعتبار تلك الأحكام كأن لم تكن لما للأحكام الجنائية من خطورة ومساس بالحريات الشخصية " (١١) .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا بدورها اعتناقها لهذا الاتجاه ، وذلك فى حكميها فى ١٩٨٢/٦/٥ وفى ١٩٨٣/٦/١١ (١٢) ، كما أنها استندت إلى ذات هذه الحجج فى حكمها محل دراستنا للتوصل إلى الحكم ببطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه ، للتأكيد على أن لحكمها أثر رجعى يرتد إلى تاريخ تطبيق النص غير الدستورى . وقد أقامت المحكمة هذا القضاء على الأساس التالى :

" حيث أن الأصل فى الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، إذ هى لا تستحدث جديدا ولا تنشىء مراكزا أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل ، بل هى تكشف عن حكم الدستور أو القانون فى المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذى يلازمه منذ صدوره الأمر الذى يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة ، بيانا لوجه الصواب فى دستورية النص التشريعى المطعون عليه منذ صدوره

(١١) حكمها فى ١٩٨٤/٣/٤ قضية ٢٧٤٢ لسنة ٢٩ ق ، المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٢٦ ص ٧٩١ . راجع كذلك حكمها فى ١٩٨٢/١/١٦ قضية ٣٨٣ لسنة ٢٢ ق ، المجموعة السنة ٢٧ رقم ٣٢ ص ٢٢٨ - وفيه قضت بأن " مقتضى الحكم بعدم دستورية نص فى القانون أو اللائحة أن يهدر النص كلية بما شمله من أحكام من عداد القواعد التشريعية ، وأن يتجرد من صفته التشريعية ، وأن يعتبر كان لم يكن بالنسبة للكافة اعتبارا من تاريخ صدوره أو من تاريخ العمل بالدستور أيهما أقرب".

(١٢) حكميها فى ١٩٨٢/٦/٥ دعوى رقم ١٦ لسنة ٣ ق ، المجموعة الجزء الثانى ص ٦٣ - وفى ١٩٨٣/٦/١١ دعوى رقم ٤٨ لسنة ٣ ق ، ذات المجموعة ص ١٤٨ .

، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور وفى حدوده المقررة شكلا وموضوعا . فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه ، أم أنه صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره . وفضلا عن ذلك فإن المشرع حين أجاز فى قانون المحكمة الدستورية العليا اثارة المسألة الدستورية أثناء نظر أحد الدعوى أمام أى من جهات القضاء ، أما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم ، وأوجب على الجهة القضائية - عند الشك فى عدم الدستورية - وقف الدعوى أو تأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل فى المسألة المثارة ، إنما كان يبغى بذلك تحقيق فائدة للخصم فى المنازعات الموضوعية التى أثير فيها الدفع الدستورى فيما لو قضى بعدم الدستورية وهى منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية ، فإذا لم يكن لهذا الحكم رجعى ، لأصبح لزاما على قاضى الموضوع - الذى أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك فى عدم دستوريته - أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته مما يأباه المنطق القانونى السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدى الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق فى التقاضى - وهو من الحقوق العامة التى كفلها الدستور فى المادة ٦٨ منه للناس كافة - بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومجردا من مضمونه ، الأمر الذى ينبغى تنزيه المشرع عن قصد التردى فيه . وبالأضافة إلى ذلك فإن النص فى المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم الدستورية ، وهو خطاب تشريعى موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة للعمل بمقتضاه ، ولما كان قاضى الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعى فإنه يكون متعينا عليه عملا بهذا النص - ألا ينزل حكم القانون المقضى بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل ، وذلك يؤكد قصد المشرع فى

تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذى قضى بعدم دستوريته . وقد أعملت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على اطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد اسقاط حجية الأمر المقضى لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية ، فنصت على أنه " فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي ، تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن ... أما في المسائل الأخرى - غير الجنائية - فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على ما سلف بيانه ، ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانوني آخر ترتكن إليه ويحدد من اطلاقه الرجعية عليها . وهو ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في تغليقها على نص المادة ٤٩ منه ... وما جرى عليه قضاء هذه المحكمة " (١٣) .

من ناحية أخرى جرى قضاء المحكمة العليا وكذلك المحكمة الدستورية العليا على قبول الطعن بعدم دستورية التشريع حتى وان ألغى هذا التشريع أو تم تعديله (١٤) ، ومن غير شك أنه بدون تقرير الرجعية للحكم الصادر بعدم الدستورية تنتفى الفائدة من الحكم في مثل هذه الطعون ، وتنعدم جدواه في الدعوى الموضوعية ، وهو أمر غير سائغ .

(١٣) الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ مكرر في ١٩٩٠/٦/٣ ص٢٢ ومابعدها .

(١٤) المحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٧/٥/١٦ دعوى رقم ١٣١ لسنة ٦ ق . وقد اضطردت أحكام القضاء الدستورى على الربط بين قبول الطعن بعدم الدستورية وبين توافر المصلحة الشخصية المباشرة للطاعن ، وأن مناط هذه المصلحة ارتباطها بمصلحته في دعوى الموضوع التي أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبتها والتي يؤثر الحكم فيه على الحكم فيها - راجع المحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٤/١/٧ دعوى رقم ٣٥ لسنة ٢ ق ، المجموعة الجزء الثالث ص ٩ - وفي ١٩٨٥/٤/٦ دعوى رقم ١١٤ لسنة ٥ ق ، ذات المجموعة ص ١٧٦ ـ وفي ١٩٨٦/٢/١ دعوى رقم ٩٧ لسنة ٦ ق ، ذات المجموعة ص٣٠٦ .

المطلب الثالث
حجية الأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية

تنص المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن أحكام هذه المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن ، كما نصت المادة ٤٩ منه على أن هذه الأحكام ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة . وبصدور حكم المحكمة محل هذه الدراسة متضمنا بطلان مجلس الشعب منذ انتخابه ، ثار النقاش حول مدى حجية هذا البطلان وفقا للنصوص المشار إليها ، ولتوضيح ذلك نشير أولا إلى طبيعة هذه الحجية أو مداها وذلك بتحديد ما إذا كانت مطلقة أم نسبية ، ثم نتعرض ثانيا للأحكام التى يمكن أن تتمتع بالحجية المطلقة ، وأخيرا نبين أى أجزاء الحكم الذى يتمتع بتلك الحجية وهل تمتد إلى الأسباب والحيثيات أم تقتصر على منطوق الحكم .

أولا : مدى حجية الأحكام فى المسائل الدستورية :

الأصل أن الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه ، فلا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية إذا قام النزاع مرة أخرى بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلا وسببا ، وذلك وفقا لقانون الاثبات الحالى فى مصر ، فى المادة ١٠١ منه . وهو ما يفيد أن الأصل فى حجية الأحكام أنها نسبية ما لم يقض المشرع بغير ذلك .

ولما كانت المادة ٤٩ سالفة الذكر تنص على أن أحكام المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ، فمن المسلم به أن مقتضى هذا النص أن لهذه الأحكام حجية مطلقة لأن وصف الحكم بأنه ملزم للكافة يعنى بغير جدال الحجية المطلقة لهذا الحكم ، علاوة على أن الأخذ بأسلوب مركزية

الرقابـة يستلـزم هذه الحجية المطلقة ، على خلاف أسلوب مباشـرة رقابـة كافـة المحاكم للدستوريـة ، حيث لا تملـك المحكمة فـى ظل هذا الأسلـوب سوى الامتنـاع عن تطبيـق النص غير الدستـورى وفـى القضيـة المطروح عليها تطبيقـه فيهـا فقـط ، ومن ثم لايحوز قضاؤهـا فـى هذا الصـدد سوى حجية نسبيـة ، فلا تتقيـد المحاكم الأخرى بما قضت بـه ، بل ولا تتقيـد هى نفسهـا بذلك القضـاء فـى الدعـاوى الأخـرى التـى تنظرهـا مستقبلا .

يضاف إلى ذلك أن طبيعـة الدعوى الدستوريـة أن الخصومة فيهـا عينيـة ، فهـى توجه إلى النصـوص التشريعيـة المطعون فيهـا لعيب دستـورى بهدف الحكم عليها بعـدم الدستوريـة ، مما يقتضـى أن يحوز الحكم الصـادر فـى هذه الدعوى حجية مطلقة ينسحب أثرها إلى الكافـة ، فلا يقتصـر أثرها على الخصـوم فـى الدعاوى التـى صدرت بشأنهـا ، وبحيث إذا أثيـر طعن فـى دعوى تاليـة بشأن عدم دستوريـة نص سبـق للمحكمة الدستوريـة العليـا القضـاء بعـدم دستوريتـه كانت هذه الدعوى غير ذات موضوع ، وبالتالـى غير مقبولـة . (١٥)

ثانيـا : الأحكام التـى تتمتـع بالحجيـة المطلقـة فـى الدعاوى الدستوريـة :

ليس من خلاف حول تمتـع جميع الأحكـام الصـادرة بعـدم دستوريـة نص تشريعـى أو لائحى بالحجيـة المطلقة ، أما الأحكـام الأخـرى الصـادرة فـى الدعاوى الدستوريـة ، فإن تمتعهـا بالحجيـة المطلقة محل نقاش وتفصيـل .

(١٥) راجع فـى ذلك على سبيـل المثال حكم المحكمة العليـا فـى ١٩٧٥/٣/١ دعوى رقم ٢ لسنـة ٢ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ٢١٥ - وفـى ١٩٧٦/٤/٣ دعوى رقم ٤ لسنـة ٥ ق ، المجموعة الجزء الأول ص ٤٠٣ ، وفـى ١٩٧٧/٢/٥ دعوى رقم ١٦ لسنـة ٧ ق ، المجموعة الجزء الثانـى ص٤٣ .

فبالنسبة للأحكام التى تفصل فيها المحكمة فى الدعوى دون التعرض لموضوعها ، أى دون بحث لدستورية أو عدم دستورية النصوص المطعون فيها ، وذلك إذا اقتصر دور المحكمة على بحث مدى توافر الشروط الشكلية للدعوى ، وانتهى هذا البحث إلى عدم قبولها لانتفاء أحد شروط القبول كشرط الميعاد أو شرط المصلحة ، فإن هذه الأحكام لاتحوز حجية مطلقة ، وإنما تكون حجيتها نسبية لاتمنع المحكمة من النظر فى دستورية ذات النص الذى سبق وأن قضت بعدم قبول الدعوى المطعون فيها عليه ، وذلك إذا توافرت شروط قبول الدعوى الدستورية الجديدة ، واتصلت بالمحكمة اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة قانونا .

أما الأحكام الصادرة برفض الطعن من حيث الموضوع ، وهو ما يعنى دستورية النص المطعون فيه ، فهى التى أثارت التساؤل حول مدى الحجية التى تتمتع بها وهل هى حجية مطلقة أم أنها فقط حجية نسبية ، وفى هذا الصدد اختلف قضاء المحكمة العليا عن قضاء المحكمة الدستورية العليا بالرغم من تماثل النصوص التى تحكم ذات الموضوع ، حيث أن نص المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا كان يقضى مثل نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، بالتزام جميع جهات القضاء بالأحكام الصادرة من المحكمة العليا فى الدعاوى الدستورية ، ففى حين رأت المحكمة العليا أن النص يضفى الحجية المطلقة على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية فقط ، اتجهت المحكمة الدستورية العليا إلى تقرير هذه الحجية المطلقة إلى كافة الأحكام الدستورية سواء كانت بعدم دستورية النص المطعون فيه أم أنتهت إلى رفض الدعوى موضوعا .

ويتأسس قضاء المحكمة العليا على أن " الرقابة القضائية على دستورية القوانين ... تستهدف حماية الدستور وصونه وذلك عن طريق

انهاء قوة نفاذ النص المخالف للدستور ، ولما كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه فيها الخصومة إلى التشريع ذاته فإن مقتضى ذلك أن الحكم الذى يصدر بعدم دستورية نص تشريعى يلغى قوة نفاذ هذا النص ويغدو معدوما من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة . ولما كان هذا الأثر لا يقبل التجزئة بطبيعته فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعى لايقتصر على أطراف النزاع فى الدعوى التى قضى فيها فقط وإنما ينصرف أثر هذا الحكم إلى الكافة ويكون حجة عليهم . والأمر يختلف بالنسبة إلى حجية الحكم الذى يصدر من المحكمة العليا برفض الطعن بعدم دستورية نص تشريعى ، فهذا الحكم لا يمس التشريع الذى طعن بعدم دستوريته ، فيظل هذا التشريع قائما بعد صدور الحكم ولا يحوز الحكم المذكور سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع ، لذلك يجوز أن يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع القائم مرة أخرى ، ولا وجه للقول بأن المادة ٣١ من قانون الاجراءات ... إذ تنص على نشر منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، فإنها تعنى التزام جهات القضاء بالأحكام الصادرة بالفصل فى دستورية القوانين كافة ، يستوى فى ذلك الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعى والأحكام الصادرة برفض الطعن ، وتكون لهذه الأحكام جميعها حجية على الكافة ، ذلك أن المادة ٣١ المشار إليها ... إنما تعنى بحكمها الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم دستورية النصوص التشريعية فحسب ، إذ أن النص على التزام جميع جهات القضاء بهذه الأحكام مرده إلى الأثر الذى يترتب على صدورها ، ويتمثل فى انهاء قوة نفاذ النص التشريعى واكتساب الحكم حجية على الكافة نتيجة لانهاء قوة نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته . وأما الأحكام الصادرة برفض الطعن بعدم دستورية نص تشريعى فإنها لا تمس التشريع المطعون فيه ، ولا يكون لهذه الأحكام سوى حجية نسبية بين أطرافها على ما تقدم ، لذلك تنتفى الحكمة والعلة من

التـزام جميع جهات القضـاء بهـا ، ومن ثـم لا يعـدو نشـر الأحكـام الصـادرة فـى الدعاوى الدستوريـة برفـض الطعن فـى نص تشريعـى فـى الجريـدة الرسميـة أن يكون اعلانا لمنهج المحكمة فى رقابـة دستوريـة القوانيـن والتعريـف بهذا القضـاء والتبصيـر بـه كى يستهـدى بـه عند اثـارة الطعون بعـدم الدستوريـة أمام جهات القضـاء ، ولايترتـب عليـه أن تكون هذه الأحكـام ملزمة لجميع جهات القضـاء .

يؤيد هذا النظـر أنه من المسلـم فـى دعوى الغـاء القرارات الاداريـة ، وهى دعوى عينيـة تهدف إلى الغـاء القرارات الاداريـة واعدام آثارهـا فهـى مماثلـة فـى طبيعتهـا للدعوى الدستوريـة ، أن الحجيـة علـى الكافـة مقصورة علـى الأحكـام التـى تصـدر فـى هذه الدعوى بالالغـاء وذلك نتيجـة لاعدام القـرار الادارى فـى دعوى هى فـى حقيقتهـا اختصـام لـه فـى ذاتـه ، أما الأحكـام الصـادرة برفـض الطعن فليـس لهـا سوى حجيـة نسبيـة بيـن أطراف النزاع ، وعلـى هذا تنـص صراحة المـادة ٥٢ من قانـون مجلس الدولـة " (١٦) .

أما المحكمة الدستوريـة العليـا فإنهـا اتخذت موقفـا عكسيـا من قضـاء المحكمة العليـا حيث رأت أن للأحكـام الصـادرة فـى الدعـاوى الدستوريـة حجية مطلقة سواء كانت هذه الأحكـام قد انتهت إلى عدم دستوريـة النص التشريعـى المطعون فيـه أم إلى دستوريتـه ورفض الدعوى على هذا الأسـاس وذلك لعمـوم نصوص المادتيـن ١٧٥ و ١٧٨ من الدستـور والمـادة ١/٤٩ من قانـون المحكمة المشار إليـه ولأن الرقابـة القضائيـة على دستوريـة القوانيـن التـى اختصت بهـا المحكمة الدستوريـة العليـا دون غيرها هى رقابـة شاملـة تمتـد إلى الحكم بعـدم

(١٦) حكمها فـى ١٩٧٦/١٢/١١ دعوى رقـم ٨ لسنـة ٣ ق ، موسوعة مبادئ المحكمة الدستوريـة العليـا سالفـة الاشارة - ص ١٢١ و ١٢٢ .

دستورية النص فتلغى قوة نفاذه ، وإلى تقرير دستوريته وبالتالى سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان (١٧) .

ويؤيد الفقه اتجاه المحكمة الدستورية العليا منتقدا موقف المحكمة العليا السابق من قياس الدعوى الدستورية على دعوى الالغاء للقرار الادارى ، إذ بالرغم من انتمائهما إلى القضاء العينى إلا أن الفروق تظل قائمة بينهما ، فالقاضى الدستورى خلافا لقاضى الالغاء لا يتقيد بالأسباب التى يبديها المدعى فى دعواه ، إذ له أن يستظهر أسبابا أخرى غير التى أبداها ، ويبسط رقابته كاملة فى هذا الشأن ، أما قاضى الالغاء فإنه لا يتعرض لغير الأسباب الواردة فى الدعوى ما لم تكن متعلقة بالنظام العام ، وعلى ذلك فإن مؤدى حكم المحكمة الدستورية برفض الدعوى موضوعا ، أنها قد بسطت رقابتها على أسباب عدم الدستورية سواء ما ورد منها فى صحيفة الدعوى أو ما أثارته المحكمة من تلقاء نفسها من هذه الأسباب ، مما يبرر أن تكون أحكامها برفض الدعوى الدستورية حائزة بدورها الحجية المطلقة ، أسوة بالأحكام الصادرة بعدم دستورية النص المطعون فيه (١٨) .

وفى تقديرنا أن الحجة الحاسمة فى تأييد موقف المحكمة الدستورية العليا ، تتمثل فيما أشارت إليه المحكمة ذاتها من موقف المشرع من هذه المسألة ، فكما سبق وأوضحنا أن الأصل فى الأحكام أنها ذات حجية نسبية ، ومن ثم لا تكون لها حجية مطلقة إلا

(١٧) راجع على سبيل المثال أحكام المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٨٤/١٢/١ دعوى رقم ٦٥ لسنة ٥ ق المجموعة الجزء الثالث ص ٩٦ - وفى ١٩٨٥/١/٥ دعوى رقم ٧٤ لسنة ٥ ق ، ذات المجموعة ص ١٠٨ وفى ١٩٨٥/١١/١٦ دعوى رقم ٢ لسنة ٢ ق ، ذات المجموعة ص ٢٤٥ - وفى ١٩٨٥/١٢/٢١ قضية رقم ٤٧ لسنة ٤ ق ، ذات المجموعة ص ٢٧٤ .

(١٨) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر : المرجع السابق - ص ٦٠٨ .
الدكتور عادل عمر شريف : المرجع السابق - ص ٤٦٥ .
الدكتور محمدعبد اللطيف : المرجع السابق - ص ٢٤٥ .

استثنـاء وبنـص صريح ، وفـى حدود هذا النص ، وقد رأى المشرع بصـدد الدعوى الدستوريـة أن تكون الحجية المطلقة للأحكـام الصـادرة "بالفصـل فـى دستوريـة القوانيـن " ، ولـم يقصرها على الأحكـام الصـادرة " بعـدم دستوريـة القوانيـن " وهو النهـج الذى اتبعـه المشرع بصـدد دعـاوى الالغـاء ، حيث قرر فـى المـادة ٥٢ من قانـون مجلس الدولـة الحالـى أن " الأحكـام الصـادرة بالالغـاء تكون حجة على الكافـة " ولـم يوسـع من هذه الحجية المطلقة بالقـول مثلا " الاحكـام الصـادرة فـى دعـاوى الالغـاء".

وعليـه فإن قيـاس دعوى الدستوريـة على دعوى الالغـاء على نحو ما قضت بـه المحكمة العليـا هو قياس غير صحيح ، إذ العبـرة دومـا فـى اطار الاستثنـاء من القواعد العامة هو بموقف المشرع ذاتـه ، وفـى مسألتنـا هذه كان المشرع واضحا تماما فـى المغايـرة بيـن آثار الأحكـام فـى دعاوى الالغـاء وآثار الاحكـام فـى الدعوى الدستوريـة ، ومن ثـم تعيـن الالتـزام بمقتضـى هذه النصـوص التشريعيـة .

ثالثـا : الحجية لمنطـوق الحكـم وأسبابـه :

الأصـل لدى شراح قانون المرافعات (١٩) أن العبـرة فـى الأحكـام القضائيـة بمنطوق الحكم لا بأسبابـه ، لأن القاضـى فـى المنطوق يعبـر عما حكم بـه من الفـاظ صريحة واضحة ، أما أسباب الحكم فالمقصـود منها أساسـا بيـان الحجج التـى اقنعت القاضـى بمـا قضـى بـه وجعلتـه يسلك فـى فهم الدعوى السبيـل الذى ارتـاح إليـه ، فهـى تشمل الحجج القانونيـة والأدلـة الواقعيـة التـى بنـى عليهـا الحكم .

ولكن قد يحدث أن تحتـوى أسباب الحكم على قضـاء يكمل ما ورد بالمنطـوق ويرتبـط معه ارتباطـا وثيقـا بحيث لا يمكن فصـل القضاءيـن ، ومن ثـم تكتسـب هذه الأسبـاب المكملة والمرتبطـة بالمنطـوق ارتباطـا وثيقـا حجية الشـىء المحكوم بـه ، أما الأسبـاب الأخرى التـى يبنـى

(١٩) الأستـاذ الدكتـور أحمد أبـو الوفـا : نظرية الأحكـام فـى قانون المرافعـات - الطبعـة الخامسـة ١٩٨٥ - ص ٣٥٢ ومابعدها .

عليها القاضى حكمه ويبرر بها منطوق الحكم فلا تكتسب هذه الحجية.

وكثيرا ما لا يشمل منطوق الحكم إلا جزء من قضائه ، ويوجد الجزء الآخر فى الأسباب ويحصل ذلك فى الغالب حين يقتضى الحكم فى الدعوى الفصل فى مسألتين على التوالى ويكون الفصل فى المسألة الثانية نتيجة ضرورية للفصل فى المسألة الأولى ، فليجأ القاضى إلى مناقشة المسألة الأولى فى الأسباب ويضمن الثانية وحدها المنطوق . كما قد تورد المحكمة فى أسباب حكمها بعض ما تقضى به لاعتبارات تتصل بأسلوبها الخاص فى تحرير الأحكام ، لذلك كثيرا ما يعتبر القضاء الوارد بأسباب حكم قضاء قطعيا موضوعيا - ويجرى قضاء المحاكم فى مصر بأن أجزاء الحكم يكمل بعضها بعضا ، وبأن أسباب الحكم تكون فى كثير من الحالات جزء لا يتجزأ من المنطوق ، ويكون لها مثله حجية الشىء المحكوم به ، كما أن محكمة النقض تقضى على وجه العموم بأن الحجية تكون لما فصل فيه صراحة أو ضمنا فى المنطوق أو الأسباب التى لايقوم المنطوق بدونها أو المرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا .

ويؤكد مجلس الدولة فى مصر من ناحيته على أن قوة الشىء المحكوم به لا تكون فى الأصل إلا لمنطوق الحكم دون أسبابه فلا يلزم الخصم المحكوم عليه إلا بتنفيذ هذا المنطوق ، ولا يحتج عليه إلا به ، غير أنه يجوز استثناء أن تلحق هذه القوة ما يكون من أسباب الحكم مرتبطا ارتباطا وثيقا بالمنطوق ، بحيث يشتمل على قضاء متمم له ، فاصل فى أمور كان لابد له من الفصل فيها . وإذ يشتمل المنطوق على قضاء المحكمة الحاسم لما كان بين الخصوم من خلاف ، فإن ما يرد فى حكم المحكمة ولو فى منطوقه من تقريرات لم تكن محل خلاف بين الخصوم ولم يكن أمرها معروضا على المحكمة للفصل فيه ، لا يحوز حجية ومع ذلك فإن من الأسباب ما يحوز حجية

إذا ارتبط ارتباطا وثيقا بمنطوق الحكم ودخل فى بنائه وتأسيسه بحيث يكون لازما للنتيجة التى انتهى إليها الحكم وضمنها منطوقه وبحيث لايمكن قيام المنطوق أو تحديده أو فهمه إذا فصل عن الأسباب ، كما تحوز حجية الأسباب التى اشتملت على قضاء (٢٠).

وقد أثار حكم المحكمة الدستورية العليا - محل هذا البحث - ببطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه التساؤل عما إذا كان هذا البطلان الوارد ضمن حيثيات الحكم وأسبابه يحوز حجية الحكم المقضى أم لا ، حيث أشارت بعض التعليقات فى الصحف اليومية إلى أن المحكمة بتقريرها بطلان تشكيل المجلس تكون قد تجاوزت حدود اختصاصها ، فضلا عن القول بأن هذا الجزء من الحكم لا تكون له - على أية حال - حجية بمقولة أن الحجية تثبت للمنطوق دون الأسباب .

وقد تصدى الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا بالرد على ذلك بما يلى (٢١) :

١ - إن الحجية تثبت للمنطوق كما تثبت للأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا بإعتبارها أساسا ضروريا له أو لكونها مكملة أو مفسرة له .

(٢٠) راجع فى ذلك فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة فى ١٩٥١/١١/١ رقم ٥٨٠ - والفتوى رقم ٣٤٥ فى ١٩٧٠/٣/٢٣ - وحكم المحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٧/٤/١٦ قضية ١٥٧٧ لسنة ٧ ق - وجميعها منشور بالموسوعة الادارية الحديثة سالفة الاشارة - الجزء ١٤ أرقام ٣٣٠ و ٣٣١ و٣٣٢ ص ٤٦٥ وما بعدها .
(٢١) المقالة سالفة الأشارة - مجلة القضاه - ص ٨٤ .

ولا يمارى أحد فى أن بطلان تشكيل المجلس هو النتيجة الحتمية لبطلان طريقة الانتخاب التى تضمنتها المادة الخامسة مكررا من قانونه والتى أجريت انتخاباته على أساسها ، ومن ثم تثبت الحجية لما ورد فى الأسباب فى هذا الشأن لارتباطه بالمنطوق ارتباطا وثيقا .

وكما لاحظ البعض - بحق - فإن من الحقائق الحاسمة فى تقييم الحكم والتى لا يلتفت إليها البعض أن للمحكمة الدستورية وظيفة متميزة هى " حماية الشرعية الدستورية " ، ولذلك فصياغة أحكام المحكمة وفهمنا لها لابد أن ينبع من هذه الوظيفة . ومن هنا فلا يقال مثلا إن حجية الحكم تقتصر على المنطوق دون الأسباب ، ويكون للمحكمة لذلك أن تقوم بتحديد الأبعاد الموضوعية لقضائها بعدم الدستورية .

٢ - إن الأمر يتعلق بتحديد نطاق الحكم ، أى ما تم الفصل فيه . ومن المسلم فقها وقضاء أن نطاق الحكم لا يقتصر على ما ورد فى المنطوق ، إذ يحدث كثيرا إلا يتضمن منطوق الحكم سوى جزء مما قرره القاضى ويرد الجزء الآخر فى الأسباب فيكون جزءا من قضاء الحكم . ومن الواضح بجلاء أن حكم المحكمة الدستورية العليا محل البحث قد تضمن فى أسبابه قضاء فى مسألة تشكيل مجلس الشعب المنتخب بناء على النص المحكوم بعدم دستوريته ، وهو قضاء ببطلان تشكيل المجلس المذكور ، وأحكام هذه المحكمة ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ، وهى أحكام نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن .. ومن ثم فإنه لا يسوغ قانونا مناقشة ما قرره الحكم من أثر لعدم دستورية نص المادة الخامسة مكررا من قانون مجلس الشعب على تشكيل المجلس وإلا لجاز القول كذلك بعدم حجية ما قرره الحكم - فى أسبابه أيضا - من استمرار نفاذ ما اتخذه المجلس من قوانين وقرارات وإجراءات قبل نشر الحكم بعدم الدستورية

، بل إن حكم تشكيل المجلس ، من الصحة أو البطلان ، إنما يتصل اتصالا مباشرا بمدى سلامة النظام الانتخابي ويرتبط به ارتباطا وثيقا ، ومن ثم فإن القضاء ببطلان تشكيل مجلس الشعب يكون أكثر ارتباطا بمنطوق الحكم (بعدم دستورية نظام الانتخاب) من مسألة صحة أو عدم صحة ما سبق أن أصدره المجلس من قوانين وقرارات وإجراءات ، حيث لايتحدد حكم هذه الأعمال إلا عن طريق تحديد أثر بطلان تشكيل مجلس الشعب على أعماله قبل الحكم .

٣ - إن المحكمة الدستورية العليا تختص دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح (م ٢٥ من قانون المحكمة) - ويجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تتصدى وأن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يتصل بالنزاع المطروح عليها - (م ٢٧) والمحكمة تفصل من تلقاء نفسها في جميع المسائل الفرعية (م ٤٧) وهي تختص دون غيرها بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها (م ٥٠) وهي تختص - على خلاف المحاكم الأخرى بتفسير القوانين والقرارات بقوانين تفسيرا ملزما (م ٢٦) وأحكام المحكمة وقراراتها بالتفسير نهائية وغير قابلة للطعن ، وملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة (م ٤٨ ، و ٤٩) . كما تقبل المحكمة دعوى التفسير الموجهة إلى أحكامها ، استنادا إلى المادة ٥١ من قانونها والمادة ١٩٢ من قانون المرافعات .

وترفض المحكمة دعوى التفسير إذا كانت ذريعة للطعن في الحكم ، كما ترفضها موضوعا إذا كان الحكم المطلوب تفسيره قد جاء واضحا دون أن يعتريه أي غموض يستحق التفسير . ولا جدال في أن للمحكمة أن تبين قضاءها منذ البداية دون غموض أو إبهام ، وأن توضح ما قصدته بحكمها حتى يتسنى تنفيذ الحكم بما يتفق وهذا القصد . وهذا ما فعلته المحكمة في حكمها محل البحث .

ولا يسعنا فى هذا المقام سوى تأييد هذا الاتجاه الفقهى مع اضافة الملاحظات الآتية :

١ - أن نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الحالى واضح فى استلزامه نشر " أحكام " المحكمة فى الدعاوى الدستورية بالجريدة الرسمية بإعتبارها أحكاما ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ، فى حين أن نص المادة ٣١ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا - التى انتهت بقيام المحكمة الدستورية العليا - كان يقضى بأن تنشر فى الجريدة الرسمية " منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ، وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء " ، وعليه فإذا كان من المقبول الجدل حول مدى حجية الأسباب فى ظل هذا القانون الأخير ، إلا أن الأمر لا يكون كذلك فى ظل القانون الحالى الذى استلزم نشر الحكم بالكامل وليس فقط منطوقه ، ومن ثم تكون لمنطوق الحكم وأسبابه قوة الزامية واحدة على كافة من بالدولة من أفراد أو سلطات عامة أو مؤسسات خاصة .

٢ - أنه ليس من سند قانونى يؤيد القول بأن الحجية فى الدعاوى الدستورية تقتصر على منطوق الحكم دون أسبابه ، علاوة على مخالفة هذا القول للقواعد العامة ، فى حين أن المادة ٤٩ المشار إليها تمثل سندا للرأى الذى نؤيده بتمتع أسباب الحكم فى هذه الدعاوى بالحجية ، حيث أن هذه المادة - وكذلك المادة ٣١ من قانون الاجراءات سالفة الذكر - نصت على أن هذه " الأحكام " ملزمة دون أن تفرق بين منطوق الحكم وأسبابه وذلك بالاضافة إلى اتفاق هذا الاتجاه مع القواعد العامة السابق عرضها .

٣ - أن منطوق الحكم فى جوهره هو خلاصة للحكم وليس مجمله ، وقد ترتبط حجية الشىء المقضى به بالمنطوق الذى يقتصر على تحديد موقف المحكمة من طلبات الطاعن وحدها ، أما أسباب الحكم فهى الأساس للمنطوق الذى لا يقوم دونه ، تماما مثل القاعدة القانونية التى تنقسم إلى فرض وحكم ، حيث لا يجوز ترتيب الحكم إلا إذا تحقق الفرض ، فالأحكام القضائية كذلك لا يتصور أن تقتصر على المنطوق دون أساس يتمثل فى الأسباب ، وهذه الأسباب تتمتع بحجية الشىء المقضى فيه إذا اشتملت على قضاء وفقا لما سبق شرحه ، وهو ما يتحقق دون شك بصدد حكم المحكمة الدستورية العليا محل هذا البحث ، حيث ورد ضمن الأسباب قضاء يرتبط بمنطوق الحكم بغير جدال ، وهو بطلان مجلس الشعب منذ انتخابه .

٤ - بملاحظة أن القضاء المشار إليه يقول أن " مؤدى هذا الحكم ولازمه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلا منذ انتخابه " فإنه يمكن اعتبار هذا القضاء بمثابة تحديد للآثار المترتبة على الحكم أو على تنفيذه ، فمن الجلى فى تقديرنا أن بطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه ليس سببا للحكم بالمعنى الفنى الدقيق لاصطلاح " الأسباب " ، وإنما هو على العكس من ذلك - نتيجة لعدم دستورية النصوص القانونية التى تم انتخابه وفقا لها ، فلفظ " مؤدى هذا الحكم " يعنى ما يؤدى إليه صدور هذا الحكم أو بالأحرى تنفيذه ، كما أن لفظ " ولازمه " يفيد ارتباط هذه النتيجة ارتباطا وثيقا حتميا بمنطوق الحكم وتنفيذه ، وبالقطع لا تثريب على المحكمة أن هى قدرت أن الحكم بعدم دستورية نصوص قانون الانتخاب الذى تم تكوين مجلس الشعب وفقا لها قد يفتح بابا للتأويل هنا وهناك ، فعمدت المحكمة إلى تحديد النتائج القانونية لقضائها بعدم دستورية هذه النصوص ، بدلا من التريث إلى حين تنفيذ الحكم وتربص قيام بعض المنازعات المتعلقة بهذا التنفيذ ، أو ترقب رفع دعاوى التفسير لهذا الحكم ، فأثرت أن تبين منذ البداية

مقتضى حكمها ومؤداه ، حتى لا يكون هناك غموض أو ابهام أو لبس حول نتائجه .

المطلب الرابع
تنفيذ الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية

تنص المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن "أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن " ، وعليه فإنه بصدور حكم هذه المحكمة يخرج النزاع من ولاية المحكمة التى تستنفذ بذلك ولايتها الأصلية التى تتعلق بالطلبات المقدمة فى الدعوى ، وولايتها التبعية المتصلة بالفصل فى المسائل التى تتبع ما تقضى به بمقتضى سلطتها الأصلية ، وذلك كقاعدة عامة يجوز للمشرع أن ينص على خلافها .

وقد جرت المحكمة الدستورية على الاحتفاظ بولاية تكميلية بصدد ما تصدره من أحكام قضائية ، وبمقتضاها يعاد عرض الحكم عليها وذلك فى حالات طلب تفسير الأحكام الصادرة عنها ، أو تصحيح الأخطاء المادية فيها ، أو للفصل فى دعوى البطلان ضدها ، أو إذا اغفلت المحكمة الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية .

اضافة لذلك تنص المادة ٥٠ من هذا القانون على أن " تفصل المحكمة دون غيرها فى كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها . وتسرى على هذه المنازعات الأحكام المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها . ولا يترتب على رفع المنازعة وقف التنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك حتى الفصل فى المنازعة " .

ومن الملاحظ بصدد تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا محل هذه الدراسة ، أنه لم تثر أية مشكلة حقيقية من الناحية القانونية بخصوص تنفيذ منطوق الحكم ، حيث سلم الجميع بسقوط نص المادة خامسا مكررا من قانون مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ٨٦ ، وبالتالى سقوط النظام الانتخابى القائم على هذا النص ، وضرورة استبدال قانون مجلس الشعب أو نصوصه المتصلة بكيفية تكوينه بنظام آخر لانتخاب هذا المجلس يتوافق مع نصوص الدستور.

وعلى العكس من ذلك احتدم الخلاف بصدد مسألة تنفيذ الحكم ببطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه ، حيث ثار الجدل واسع النطاق بين رجال القانون المتخصصين ورجال السياسة الهواه منهم والمحترفين حول طبيعة هذه البطلان ومدى حجيته وكيفية تنفيذه . وبعيدا عن الجدل السياسى حول هذه المسألة ، فقد انقسم الرأى القانونى بين رجال القانون ممن يعترفون بسلامة هذا الحكم بالبطلان إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ذهب جانب من الفقه إلى أن الحكم ببطلان مجلس الشعب بأثر رجعى منذ انتخابه قد خلق حالة الضرورة المنصوص عليها فى المادة ١٣٦ من الدستور ، التى تقضى بأنه " لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة وبعد استفتاء الشعب ، ويصدر رئيس الجمهورية قرارا بوقف جلسات المجلس واجراء الاستفتاء خلال ثلاثين يوما . فإذا أقرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل ، أصدر رئيس الجمهورية قرارا به " .

ووفقا لهذا الاتجاه فإن حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكررا من قانون مجلس الشعب وما ترتب عليه من آثار خلق هذه الضرورة ، إذ أصبح من المتعذر مستقبلا أن

يصدر المجلس قوانين تكون قابلة للتطبيق أمام أية جهة من جهات القضاء أو تكون قابلة للتنفيذ مع احتفاظ القرارات التنفيذية بصفة المشروعية .

ويشير هذا الاتجاه إلى أن هذا الحكم - أى الحكم ببطلان تكوين المجلس - يعد سابقة قضائية أولى إذ أنه لم يتعرض لقانون وإنما تعرض فى واقع الأمر لكيان المجلس كله وشرعية وجوده ، ومن ثم شرعية تصرفاته . وحيث أن الحكم لا يرتب أثر حل المجلس ، وهو ما لم يتقرر في الدستور اطلاقا وإنما جعل هذا الحق لرئيس الجمهورية وحده ، فكان لابد من تدخل رئيس الجمهورية لمواجهة حالة الضرورة الناشئة واصدار قراره بالاستفتاء وحل المجلس وفقا لقواعد الدستور (٢٢) .

الاتجاه الثانى : تتجه غالبية الفقه الذى يقر بحكم بطلان مجلس الشعب وحجيته وقوته الملزمة إلى أن تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا لايستلزم سوى أن يبادر رئيس الجمهورية بإعلان أن مجلس الشعب لم يعد قائما ، وأن وجوده القانونى قد انتهى بنشر حكم المحكمة الدستورية العليا فى الجريدة الرسمية .

ويرفض هذا الاتجاه ما ذهب إليه الاتجاه الأول من ضرورة تطبيق المادة ١٣٦ من الدستور ، وحل مجلس الشعب بعد الاستفتاء عليه ، لأن الآثار المترتبة على تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا ببطلان تشكيل مجلس الشعب ، تختلف اختلافا جذريا عن حالة " حل مجلس الشعب " فإذا كانت المادة ١٣٦ من الدستور قد استحدثت ضمانة لا مقابل لها فى جميع دساتير مصر السابقة ، وهى عدم جواز حل مجلس الشعب إلا بعد استفتاء، فإن المادة ١٣٦ تفترض حل

(٢٢) راجع فى عرض هذا الاتجاه الدكتورة عزيزة الشريف : المرجع السابق ، ص ١١٩ و ١٢٠ .

مجلس شكل تشكيلا سليما ومطابقا للدستور . والأعمال التحضرية للدستور تقطع بأن الاستفتاء قد اشترط كضابط وموازن لحق الحكومة فى حل مجلس الشعب ، لأن التجارب السابقة تقطع - بما لا يدع مجالا للشك - بأن المجالس النيابية فى مصر ، منذ دستور سنة ١٩٢٣ كانت ضحية لإساءة استعمال حق الحل من قبل الحكومة ، فتقررت ضمانة الاستفتاء لإقامة نوع التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية . أما الحالة التى نحن بصددها ، فهى مختلفة تماما ، لأنها تتعلق ببطلان تشكيل المجلس فى ذاته ، ولا يستطيع الاستفتاء الشعبى - بغير الأسلوب المقرر فى الدستور - أن يصحح هذا البطلان . لأن الأصل المقرر - والذى لا خلاف عليه - أن على الشعب وجميع سلطات الدولة أن تحترم الدستور ، وإذا أرادت أن تخرج عليه ، فعليها أن تعدله أولا ، أو تلغيه وتصدر دستورا جديدا ، ولكنها لا تستطيع أن تخرج عليه ما دام قائما ومنفذا ، ولهذا فإن أى إجراء يتخذه رئيس الجمهورية تنفيذا لحكم المحكمة الدستورية العليا لا يتطلب إجراء استفتاء (٢٣) .

من ناحية أخرى ، يترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا انتهاء وجود المجلس اعتبارا من ٤ يونيو ١٩٩٠ أى اليوم التالى لنشر الحكم ، دون حاجة إلى صدور أى قرار بالحل أو استفتاء عليه . ذلك أن الحل إنما يرد على مجلس قائم ولا يرد على معدوم . فالحل غير البطلان . ومن ثم فإنه يكفى إصدار قرار - كإجراء تنفيذى - بإعلان بطلان أو انتهاء وجود المجلس استنادا إلى حكم المحكمة الدستورية العليا وإلى نصوص قانونها (م ٤٩) التى تقضى بحجية أحكامها وإلزامها لجميع السلطات فى الدولة وللكافة ، وليس استنادا إلى نص المادة ١٣٦ من الدستور التى تجعل لرئيس الجمهورية ، إذا رأى حل المجلس ، أن يلجأ إلى الاستفتاء على الحل.

(٢٣) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى : التعليق سالف الاشارة - ص ٢٤٠ .

ومن الواضح أن الحالة الماثلة لا تدخل فى نطاق تطبيق هذا النص (٢٤) .

وفى تقديرنا أن الاتجاه الثانى جدير بالتأييد خاصة وأن من شأن اتباع الاتجاه الأول عرض أمر " حل " مجلس الشعب على الاستفتاء الشعبى ، وهو فى حقيقة الأمر استفتاء على " بطلان " المجلس أو " عدم بطلانه " ، وهذا هو الافساد بعينه ، إذ مقتضى الاستفتاء استطلاع رأى الشعب بصدد اتجاهين مثلا ، ويتعين فيهما أن يكونا على قدم المساواة من حيث المشروعية وكذلك الملاءمة ، أما أن يجرى الاستفتاء على أمرين أحدهما مشروع والآخر غير مشروع ، فهو ما لا يستسيغه العقل أو المنطق القانونى الصحيح .

والواقع أنه يتعين التسليم بأن حكم المحكمة الدستورية العليا وقد صدر معبرا عن الحقيقة القانونية بما لها من حجية ، فإن بطلان تكوين مجلس الشعب قد بات أمر نهائى قاطع لا مجال للاجتهاد بشأنه ، ومن ثم فإن أية قرارات تصدر بشأنه مثل فض دورته التشريعية أو وقف جلساته أو حله إنما تكون قرارات واردة على معدوم حقا ، ولا معنى لها ولا أثر قانونى يترتب عليها ، فمنذ تاريخ نشر الحكم لم تعد هناك سلطة تشريعية - أى مجلس الشعب - قائمة ، إذ من العبث الاعتراف بوجود سلطة بلا اختصاصات ، حيث لا خلاف على بطلان أى تصرف يصدر عن المجلس اعتبارا من تاريخ نشر الحكم ، وبالتالى فهى سلطة معدومة ، ولا يجوز التعامل معها على أساس وجودها ، والالتجاء إلى نصوص الدستور التى تفترض الوجود القانونى الصحيح لمجلس الشعب مثل المادة ١٣٦ سالفة الاشارة أو المادة ١٢٧ التى تعتبر المجلس " منحلا " بقوة الدستور فى حالة

---

(٢٤) الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا : المقالة سالفة الاشارة - مجلة القضاء - ص ٨٥ .

النزاع بين المجلس والحكومة وتأييد الشعب من خلال استفتاء شعبي أيضا لموقف الحكومة .

وعلى ذلك يتعين في تقديرنا أن يعلن رئيس الدولة استنادا إلى المادة ٧٣ من الدستور ، التي تلزمه بمراعاة الحدود بين السلطات العامة ، أي بوصفه حكما بينها ، عن بطلان مجلس الشعب نزولا على حكم المحكمة الدستورية العليا ومقتضاه ، وعلى ما قررته المادة ٧٢ من الدستور التي تنص على أن " تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب " ، بإعتباره مختصا ومسئولا عن تنفيذ هذا الحكم .

غير أن رئيس الجمهورية فضل - فيما يبدو - اتباع الاتجاه الأول ، فأصدر قراره بفض دورة انعقاد مجلس الشعب اعتبارا من يوم ٩ يونيو ١٩٩٠ ، التزاما بنص المادة ١٠١ من الدستور التي تستلزم استمرار دورة الانعقاد العادية لمدة سبعة أشهر على الأقل .

وفي ٢٦ سبتمبر ١٩٩٠ أصدر الرئيس قرارا بايقاف جلسات مجلس الشعب اعتبارا من هذا اليوم ، وقرارا بدعوى الناخبين المقيدة اسماؤهم في جداول الانتخاب يوم ١١ أكتوبر ١٩٩٠ للاستفتاء على حل المجلس (٢٥) .

---

(٢٥) أعلن رئيس الجمهورية عن هذه القرارات في بيان وجهة إلى الشعب في هذا التاريخ قال فيه أنه " في ١٩ مايو من هذا العام ، أصدرت المحكمة الدستورية العليا ، حكما بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا ، من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ ، في شأن مجلس الشعب ، فيما تضمنته من أن يكون لكل دائرة عضو واحد ، يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ، ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة ، عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية .

وتنفيذا لهذا الحكم ، واختيارا لما بين نظم الانتخابات المختلفة التي طبقناها ، وما أسفرت عنه التجارب ، رئي العودة إلى نظام الانتخاب الفردي الذي عايشته حياتنا النيابية وأعتادت عليه أمدا طويلا .

وتحقيقا لذلك ، سأصدر قرارات بقوانين بتعديل بعض أحكام قانون مجلس الشعب . وبتحديد الدوائر الانتخابية لانتخاب أعضاء هذا المجلس ، وبتعديل بعض أحكام قانون مباشرة الحقوق السياسية . وتتضمن هذه =

وقد سنحت الفرصة للمحكمة الدستورية العليا لتدلى بحكمها بصدد كيفية تنفيذ حكمها ببطلان تكوين مجلس الشعب عندما طعن أحد المحامين فى قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب ، من خلال منازعة تنفيذ رفعها أمام المحكمة ، طالبا الحكم بتحديد آثار ونتائج الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية عليا فى ١٩ مايو ١٩٩٠ ، والاستمرار فى تنفيذه وبعدم الاعتداد بقرار دعوة الناخبين المشار إليه لعدم دستوريته ، وبإعتباره عقبة مادية فى سبيل تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه ، بالمخالفة لحكم المادة ٧٢ من الدستور التى تنص على أن " تصدر الأحكام وتنفذ بإسم الشعب ، ويكون الامتناع عن تنفيذها من جانب الموظفين العموميين

= القرارات ، إلغاء النص القانونى الذى قضى حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته ، والأخذ بنظام الانتخاب الفردى فى اختيار أعضاء مجلس الشعب بالضوابط التى قررها الدستور .

وإزاء هذا الموقف بابعاده الدستورية ، ومواءماته السياسية ، وجدت من الضرورى أن يعاد تكوين مجلس الشعب ، وفقا لهذه الرؤية الجديدة .

ولما كان الدستور هو المرجع فى تنظيم سلطات الدولة ، وكانت أحكامه وحدها هى التى ترسم حدود تلك السلطات بما يكفل التوازن بينها ، لتؤدى دورها فى العمل الوطنى ، فإنه التزاما باحكامه ، ووفاء بالقسم الذى اقسمته على احترامه ، وتجنبا لارساء سوابق دستورية لا تجد لها شاهدا من نصوصه ، وإعلاء لسيادة القانون ، وهى سيادة لا ينبغى أن نفرط فيها ، واحتراما لأحكام القضاء التى نعرف لها مكانتها ، فلا نسمح بالالتفاف حولها أو التقول عليها بما لم تنطق به ، لذلك كله قررت الرجوع إلى الشعب صاحب السيادة وحده وهو مصدر السلطات ، لاستفتائه على حل مجلس الشعب ، وأصدرت قرارى بإيقاف جلساته اعتبارا من اليوم ، ودعوة الناخبين المقيدة اسماؤهم فى جداول الانتخاب يوم ١١ أكتوبر سنة ١٩٩٠ ، للاستفتاء على حل المجلس .

ونحن إذ نعلن ذلك حتى نتيح لجماهير شعبنا فرصة المعرفة الصادقة بموضوع الاستفتاء الذى يدعون لابداء الرأى فيه ، فإننا لنؤكد ، أن الخيارات الدستورية يجب أن يكون الدستور هو قبلتها ، ونصوصه هى معينها ، وأن الشعب وحده هو مصدر كل السلطات ، وليس من بعد كلمته كلمة .

المختصين جريمة يعاقب عليها القانون .. " ، وبالمخالفة كذلك لمبدأ الفصل بين السلطات ، فضلا عن عدم توافر شروط الاستفتاء وحالاته المنصوص عليها في الدستور .

بيد أن المحكمة - للأسف الشديد - أهدرت هذه الفرصة ، وقبلت دفع هيئة قضايا الدولة بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيسا على أن قرار رئيس الجمهورية بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب يعد من أعمال السيادة التي تنأى عن رقابة القضاء ، بإعتبار أنه يتصل بعلاقة رئيس الجمهورية بالسلطة التشريعية .

فقد قضت المحكمة في هذه الدعوى بأن "الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قد اختصا هذه المحكمة - دون غيرها - بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح واستهدفا بذلك صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه وترسيخ مفهوم الديموقراطية التي أرساها سواء ما اتصل منه بتوكيد السيادة الشعبية - وهي جوهر الديموقراطية - أو بكفالة الحريات والحقوق العامة وهي هدفها أو بالمشاركة في ممارسة السلطة وهي وسيلتها وذلك على نحو ما جرت به نصوصه ومبادئه التي تمثل دائما القواعد أو الأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات بإعتبارها أسمى القواعد الآمرة .

وإذا كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين أو اللوائح تجد أساسا لها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي أرساه الدستور ، غير أنه يرد على هذا الأصل ما استقر عليه الفقه والقضاء من استبعاد " أعمال السيادة " من مجال الرقابة القضائية

على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلا لدعوى قضائية ، وإذا كانت نظرية " أعمال السيادة " فى أصلها الفرنسى قضائية النشأة إلا أنها فى مصر ذات أساس تشريعى يرجع إلى بداية التنظيم القضائى الحديث الذى أقرها بنصوص صريحة فى صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للسلطة القضائية .

وحيث أن استبعاد " أعمال السيادة " من ولاية القضاء إنما يأتى تحقيقا للاعتبارات السياسية التى تقتضى - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسى اتصالا وثيقا أو بسيادتها فى الداخل والخارج - النأى بها عن نطاق الرقابة القضائية وذلك لدواعى الحفاظ على كيان الدولة فى الداخل والذود عن سيادتها فى الخارج ورعاية مصالحها العليا ، ومن ثم تبدو الحكمة من استبعاد هذه الأعمال من ولاية القضاء متمثلة فى اتصالها بسيادة الدولة فى الداخل والخارج وفى أنها لا تقبل بطبيعتها - على ما سلف بيانه - أن تكون محلا للتقاضى لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تخويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقا تحقيقا لصالح الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات فى هذا الصدد ، ولأن النظر فيها أو التعقيب عليها يقتضى توافر معلومات وعناصر وموازين تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء وذلك فضلا عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علنا فى ساحات القضاء .

وحيث أن خروج أعمال السيادة عن ولاية القضاء يعد أحد صور التطبيق الأمثل لإعمال المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات الذى يوجب إقامة توازن دقيق بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بحيث تتولى كل من هذه السلطات صلاحياتها التى خلعها عليها الدستور - وفى الحدود التى رسمها - دون افتئات من إحداها على الأخرى .

وحيث أن إعمال هذا المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات والاستجابة للحكمة والاعتبارات التى اقتضت استبعاد " أعمال السيادة " من ولاية القضاء بوجه عام قد وجدت صدى لها فى القضاء الدستورى فى الدول المتحضرة التى أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح إذ جرى هذا النوع من القضاء فى هذه الدول على استبعاد " الأعمال السياسية " التى تعد بحق المجال الحيوى والطبيعى لنظرية " أعمال السيادة " من اختصاصه ومن نطاق هذه الرقابة القضائية .

وحيث أن العبرة فى تحديد التكييف القانونى لأى عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان من " أعمال السيادة " أم لا - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - هى بطبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التى قد تخلع عليه متى كانت طبيعتها تتنافى مع هذا الوصف .

وحيث أن قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب إنما يتعلق باستطلاع رأى هيئة الناخبين - التى تمثل القاعدة الشعبية - فى أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ويتصل بتكوين هذه السلطة وهو يعد بهذه المثابة من أبرز الأمور التى تتعلق بممارسة سلطة الحكم ومن ثم يعتبر من " الأعمال السياسية " التى تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسئولية السياسية بصدد إجرائها بغير معقب من القضاء .

وحيث أنه متى كان ذلك ، وكان ما يطلبه المدعى من وقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية سالف الذكر يتناول مسألة سياسية لا يدخل النظر فيها أو التعقيب عليها أو الأمر بوقف تنفيذها فى ولاية

هذه المحكمة - على ما سلف بيانــه - ومن ثم يتعيــن الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظـر هذا الشق من الدعوى " (٢٦) .

وفـى الحقيقـة لم يكن من المتوقــع فـى تقديرنـا أن تلجأ المحكمة الدستوريــة العليــا إلى إعمال نظريـة أعمال السيــادة فـى هذا الشأن ، وهى التـى قضت بجلاء ببطـلان تكوين مجلس الشعب ، وعلاوة على رفضنــا التــام لنظريــة أعمال السيــادة بالمفهــوم غير الصحيــح لها (٢٧) ، فإنــه يعيب هذا الحكم أن المحكمة قد أخطأت فى تكييــف الدعوى ، إذ أنها ليست دعوى أصليـة ضد قرار دعوة الناخبيــن إلى الاستفتـــاء ، وما كان للمحكمة أن تقبلهــا أن كانت كذلك لعدم تحريكهــا وفقــا للقانــون ، وإنما هى حقا منازعة تنفيــذ تستهدف أن تقول المحكمة كلمتهــا بصــدد تحديد آثار ونتائــج حكمها السابـق فـى ١٩ مايـو ١٩٩٠ والذى لم يتـم تنفيــذه وخاصة فيمــا يتعلـق ببطـلان المجلس .

كما أنه من ناحيـة أخرى فإن موضوع هذا الاستفتـــاء لم يكن كما قالت المحكمة " أمر يتصـل بأخص المسائل المتعلقـة بعلاقـة السلطـة التنفيذيـــة بالسلطـــة التشريعيـــة ويتصـل بتكويـن هذه السلطـة " ، وإنما كان كما هو واضح للكافــة أمر يتصـل بأسلـوب وطريق رئيـس الجمهورية فـى تنفيــذ حكم المحكمة الدستوريــة العليــا ببطـلان مجلس الشعب ، فكان على المحكمة أن توضـح هل الطريق الذى اتبعــه الرئيـس يتفـق مع الدستــور حقا وقانونــا أم لا ؟ فـإن وافقتــه على ذلك الطريق ، كان ذلك تسليمــا فيهــا بأن أحكامها لا أثـر قانونـى لها ولا تتمتـــع بالحجيـــة أو القوة الالزاميـــة ، وكل ما تـؤدى إليـه هو الاسهـام فـى تكويـن واقـع معين من شأنـه قيـام حالة الضـرورة أو عدم قيامهـا بحسب التقديـر الشخصـى للرئيـس ، أما إذا خالفتــه فكان عليها أن تحــدد

(٢٦) حكم المحكمة الدستوريــة العليــا فـى ١٩٩٠/١٠/٩ فـى القضيــة رقـم ٣ لسنــة ١٢ ق (منازعة تنفيــذ) - لم ينشـر بعـد .

(٢٧) راجع فـى ذلك مؤلفنــا : الرقابــة على أعمال الادارة - ١٩٨٢ - ص ٣٢٤ وما بعدها .

الطريق الدستورى الصحيح دون الاعتداد بتصرفات أو قرارات الرئيس التى تتعارض مع هذا الطريق . وعلى ذلك فإننا لا نوافق المحكمة على تخلصها من هذه المسئولية وهى الأمينة عليها بالحكم بعدم اختصاصها ومن ثم عدم النظر فى موضوع الدعوى .

ومن جانبه أصدر رئيس الجمهورية استنادا إلى موقف المحكمة الدستورية العليا وإلى نتيجة الاستفتاء على حل مجلس الشعب والتى جاءت بموافقة الأغلبية الكاسحة (٩٤٫٣٤٪ من جملة الأصوات) على الحل ، قراره بحل المجلس اعتبارا من ١٩٩٠/١٠/١٢ ودعوة الناخبين إلى انتخاب مجلس جديد يوم الخميس الموافق ١٩٩٠/١١/٢٩ القادم ، على أن يعقد مجلس الشعب الجديد أولى جلساته يوم الخميس الموافق ١٩٩٠/١٢/١٣ (٢٨) .

(٢٨) قرار رئيس الجمهورية رقم ٤١٥ لسنة ١٩٩٠ فى ١٩٩٠/١٠/١٢ .

خاتمة البحث

بصدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية بعض نصوص قانون مجلس الشعب التى تم انتخابه وفقا لها ، ومن ثم بطلان تكوين المجلس منذ انتخابه مع استمرار نفاذ قوانينه وقراراته وسريانها ، انتقلت المحكمة الدستورية العليا إلى مرحلة جديدة بارزة فى حياتها ، بعد أن شبت وثبتت أقدامها فى حقل القانون ، وبعد أن واجهت بصبر وأناه محاولات التشكيك فى هويتها ومطالبات الغاء وجودها بدعوى خضوعها للهيمنة السياسية ، حيث أثبتت المحكمة بقضائها الحصيف أنها القلعة الرئيسية للدفاع عن الدستور والدستورية ، وما يعنيه ذلك من الذود عن الحقوق والحريات العامة للأفراد .

وإذا كان المشرع الدستورى قد حرص بدوره على ضمان انشاء هذه المحكمة بهدف الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، فإن المحكمة تولت مهامها فى سبيل تحقيق هذا الهدف الأعلى ، وهى تعلم بذلك أن من شأن أداء هذه الوظيفة على وجهها الأكمل الاصطدام بالسلطتين التشريعية والتنفيذية ، خاصة إذا كانتا متوافقتان سياسيا وهو الحادث بوضوح فى الحياة السياسية والحزبية المصرية على امتداد الأربعين سنة الماضية تقريبا .

وبالرغم من اعتقادنا الجازم بأن المحكمة فى ممارستها لهذه المهمة إنما تباشر وظيفة قانونية هى الرقابة على الدستورية ، إلا أننا لا ننفى ما لهذه الرقابة من اصداء واسعة فى عالم السياسية ، ومع ذلك لا يصح القول بأن للمحكمة الدستورية دور سياسى أو أن رقابتها هى رقابة سياسية أو قانونية وسياسية فى آن واحد ، وإنما الصحيح أنها رقابة قانونية فنية ذات آثار سياسية وقانونية فى آن واحد .

ويحضرنا فى هذا المقام تحليل أحد رؤساء المحكمة الدستورية العليا (٢٩) لطبيعة الرقابة القضائية التى تتولاها المحكمة بأن القصد منها كفالة السيادة والسمو لأحكام الدستور " بإعطاء القيود التى يفرضها الدستور ، وخصائص الحقوق المنصوص عليها فيه ، مفاهيم موحدة تستمد أسسها من مقاصد الدستور وأهدافه وتتحدد ضوابطها فى اطار القيم الاجتماعية والاقتصادية والخلقية التى يتغياها ، ولتجعل من الصدارة التى يحتلها الدستور حقيقة واقعية ، لا مجرد حقيقة قانونية ، ليفرض الدستور دائما قواعده الآمرة على كل سلطة .

وإذ تباشر المحكمة رقابتها القضائية على ضوء أحكام الدستور ، فإن استخلاصها للقواعد الدستورية التى تفرغها فى أحكامها ، لا يتأتى بانتزاع هذه القواعد من واقعها ، ولا بعزلها عن الظروف المحيطة بها ، ولا بإغفال دورها الواعى فى اتجاه تثبيت دعائم الحق والعدالة الاجتماعية .

وربما كان من أدق المهام التى تنهض عليها هذه المحكمة وأكثرها خطرا ، تلك الموازنة التى ينبغى أن تتمثلها دائما ، وتجريها بين ما يتطلبه تحقيق الاستقرار للقواعد التى يقوم عليها الدستور من ناحية ، وضرورة تطويع هذه القواعد لمجابهة التطور من ناحية أخرى .

كذلك فإنه حين تحدد المحكمة نطاق الحقوق والقيود الدستورية وأهدافها ، فإنها تباشر مهمتها هذه على ضوء نظرة كلية لأحكام الدستور جميعها ، كى تستخلص منها مفهوما متجانسا يجعل هذه الأحكام نسيجا مترابطا لا تنافر بين أجزائه .

(٢٩) المستشار محمد على بليغ فى تقديمه لمجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء الثالث - ص٣ : ٥ .

ومن هذا المنطلق جاء حكم المحكمة المشار إليه متضمنا بطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه مع بقاء قوانينه وقراراته نافذة على أساس أن المحكمة قد وجدت أن هناك ضرورة قصوى للتدخل فى هذه المسألة ، والا تعرضت الحياة الدستورية والقانونية لانهيار حقيقى ، ومن ثم فإن هذا الحكم جاء ليمنع انهيار هذه الحياة وليس للمساعدة على ذلك كما قدر البعض ، والمحكمة فى ذلك كانت تباشر وظيفتها المخولة لها دستوريا ، إذ من المقرر أن المحكمة الدستورية العليا لا تقدم آراء استشارية أو نصائح أو تفصل فيما لا أثر لها أو غير منتج عملا ، وإنما تصدر أحكاما قضائية تهدف إلى تكريس الشرعية الدستورية فى مختلف مجالاتها ، وتحمى دعائم النظام السياسى والاجتماعى والاقتصادى للدولة ، وتكفل تطبيق ونفاذ الأصول الدستورية والقيم والمثل التى تضمنها الدستور ، تأمينا لحقوق المواطنين وحرياتهم .

وإذا كانت المحكمة قد تجنبت تأسيس ما قضت به من بطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه مع بقاء قوانينه وقراراته نافذة ، فهذا النهج ليس بالغريب ، وهو ما تتبعه جهات القضاء المختلفة فى فرنسا على وجه الخصوص ، تحسبا لتلافى التقيد سلفا بضوابط قد لا تتفق مستقبلا مع الظروف المستجدة ، وبالتالى تترك هذه المهمة للفقه بإعتبارها مسألة علمية قانونية بحتة ، وتكتفى المحكمة بتحديد الجوانب العملية القضائية فى أحكامها .

ومن هنا كان اهتمامنا فى هذا البحث بدراسة الأساس القانونى لقضاء المحكمة الدستورية العليا المشار إليه . وقد آثرنا أن نبدأ أولا بتأسيس قضاء هذه المحكمة باستمرار نفاذ قوانين وقرارات مجلس الشعب المقضى ببطلان تكوينه منذ انتخابه حيث تخلت المحكمة تماما عن الاشارة لأى سند أو أساس قانونى لهذا القضاء ، فبدأنا

بالتمهيـد ببحث دور القاضـى الدسـتورى فـى الكشف عن المبادئ القانونيـة العامة الملزمة له وللمشرع وللسلطات العامة عموما وذلك فـى دراسة مقارنة موجزة بما يتفـق مع موضوع هذا البحث واطاره ، فعرضنـا أولا لمدلول هذه المبادئ ثم دور القاضـى الدسـتورى فـى الولايات المتحدة الأمريكيـة وفرنسـا ومصر بصـدد الكشف عنها والالتـزام بهـا ، ثم انتقلنـا بعد ذلك إلى دراسة نظرية المراكز الفعليـة فـى القانـون الدسـتورى ، لنصـل إلى أن حالة مجلس الشعب المقضى ببطـلان تكوينـه منذ انتخابـه يمكن تكييفهـا بأنـه أحد المراكز الفعليـة وهى البرلمـان الفعلـى وذلك فـى اطار القانون الدسـتورى ، وأن الأسـاس القانونـى الذى يبـرر نفـاذ تصرفـات هذا المركز الفعلـى وغيـره من المراكز الفعليـة فـى القانون الدسـتورى إنما يتمثـل فـى مبدأ ضـرورة سيـر السلطات العامة بانتظـام واطراد بوصفـه أحد المبادئ القانونيـة العامة فـى القانـون الدسـتورى والتـى يتعيـن على القاضـى الدسـتورى الالتـزام بهـا ، وتطبيـق هذا المبدأ حتى بصـدد الحالات التـى لم يشر إليهـا المشرع الدسـتورى ذاتـه .

أما عن القضـاء ببطـلان تكويـن مجلس الشعب ، فقـد أشارت المحكمة الدستوريـة العليـا فـى اطار تأسيـس هذا القضـاء إلى الآثـار المترتبـة على أحكامها بوصفهـا كاشفـة وليست منشئـة ومن ثم يترتـب عليها أن تعـود آثارها بأثـر رجعى إلى تاريـخ صدور النص غير الدسـتورى أو نفـاذ الدسـتور ذاتـه ، ولتوضيـح ذلك رأينـا لزاما علينـا أن نعرض لدراسة الآثـار الناجمة عن أحكام القضـاء غير الدسـتورى فـى المسائل الدستوريـة ، فتعرضنـا بالدراسـة لسلطـة المحاكم الأخـرى فـى بحث جدية الدفـع بعـدم الدستوريـة ، ثـم لسلطتهـا فـى الاحالـة المباشـرة للمسألـة إلى المحكمة الدستوريـة العليـا ، كما تعرضنـا لموقف محكمة النقـض بصـدد نسـخ النصـوص السابقـة على نفـاذ الدسـتور إذا تعارض الدسـتور الجديد معها ، وأخيرا درسنـا مشكلـة الرقابـة على الوجود المـادى والقانونـى للنصـوص حيث انتهينـا إلى أنه

دون حكم المحكمة الدستورية العليا كان من الممكن للمحاكم الأخرى رفض الاعتراف بالوجود لكافة قوانين وقرارات المجلس المقضى ببطلان تكوينه منذ انتخابه ، لصدورها عن جهة غير مختصة بالتشريع .

وبعد ذلك تناولنا بالدراسة آثار الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ذاتها فى الدعاوى الدستورية ، حيث بينا أولا طبيعة الرقابة التى تمارسها هذه المحكمة وهى رقابة الغاء لقوة نفاذ النص وليست مجرد رقابة امتناع ، ثم شرحنا الأثر الكاشف للحكم الصادر عن هذه المحكمة وماله من أثر رجعى ، ثم عرضنا للحجية المطلقة لكافة الأحكام الصادرة عنها ، وأخيرا درسنا مسألة تنفيذ هذه الأحكام ودور المحكمة بشأن هذا التنفيذ ، وكل ذلك بالتطبيق على حكم المحكمة الدستورية العليا ببطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه .

" تم بحمد الله وتوفيقه "

محتويات البحث

الموضوع | الصفحة

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

